This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 056 930 050

Wellspacher

Kritische Bemerkungen zur Zivilgesetznovelle

HD
AUS
910
WEL

HARVARD
LAW
LIBRARY

Digitized by Google

Bd. Jan. 1931

HARVARD LAW LIBRARY

FROM THE LIBRARY

OF

HEINRICH LAMMASCH

Received May 25, 1922.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

L.S.
22

Kritische Bemerkungen zur Zivilgesetznovelle

Von

Professor Dr. **Moriz Wellspacher.**

Sonderabdruck
aus der
Allgemeinen österr. Gerichts-Zeitung, 59. Jahrgang, Nr. 9 bis 12.

Wien, 1908.
Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.
I., Kohlmarkt 20.

Digitized by Google

W.

Digitized by Google

Kritische Bemerkungen zur Zivilgesetznovelle

Von

Professor Dr. Moriz Wellspacher.

Sonderabdruck
aus der
Allgemeinen österr. Gerichts-Zeitung, 59. Jahrgang, Nr. 9 bis 12.

Wien, 1908.
Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.
I., Kohlmarkt 20.

Digitized by Google

MAY 2 5 1922

Buchdruckerei der Manzschen k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung in Wien.

Digitized by Google

Kritische Bemerkungen zur Zivilgesetznovelle.*)

Eine Abschlagszahlung soll der Entwurf sein, eine Abschlagszahlung, welche eine weitere Revision des bürgerlichen Gesetzbuches nicht hindert. Das ist die Formel, welche uns über die schmerzliche Tatsache hinwegtäuschen soll, daß das Eherecht unseres bürgerlichen Gesetzbuches auch fernerhin in seiner ganzen Rückständigkeit erhalten bleiben wird. Was sonst von Reformen irgenwie dringlich ist, hat uns der Entwurf gebracht und deshalb kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Eherechtsreform auf Jahrzehnte hinaus vertagt ist, wenn die Revision des bürgerlichen Gesetzbuches auf Grund des vorliegenden Entwurfes durchgeführt wird. Wenn die Erläuterungen der Hoffnung Ausdruck geben, daß der Entwurf die weitere Revision fördern werde, weil dadurch eine Konzentration der literarischen und öffentlichen Diskussion auf den noch übrig bleibenden Arbeitsstoff — also insbesondere auf die Eherechtsreform — stattfinden werde, so darf man die Regierung zu dieser Hoffnungsfreudigkeit beglückwünschen, zugleich aber dem Zweifel Raum geben, ob derselben an einer derartigen „Förderung" allzuviel gelegen ist.

1. Die Technik des Entwurfes.

I. In technischer Hinsicht ist der Entwurf nicht besonders glücklich geraten. Es mangelt die Einheitlichkeit hinsichtlich der Art der Revision und die Einheitlichkeit in der Form ihrer Durchführung.

Ungleichartig ist die Revision deshalb, weil in den einzelnen Partien, welche der Revision unterzogen wurden, ganz verschieden tief gegriffen wurde. Während im allgemeinen daran festgehalten wurde, daß nur praktisch dringend notwendige Reformen zu bringen seien, finden sich in einzelnen Teilen Bestimmungen, die praktisch nahezu belanglos sind, ja sogar solche, welche lediglich eine theoretische Verbesserung des bürgerlichen Gesetzbuches bedeuten. Infolge dessen erhält der Entwurf vielfach den Charakter des Willkürlichen und Zufälligen.

*) Ich beschränke mich in meinen Erörterungen lediglich auf Kritik. Ich betone dies deshalb, um nicht den Anschein zu erwecken, als würde ich das viele Gute verkennen, das uns der Entwurf gebracht hat.

Digitized by Google

Wenn es wirklich notwendig ist, zu bestimmen, daß der Testamentszeuge sich nicht „als Zeuge des letzten Willens" sondern nur als „Zeuge" zu unterfertigen brauche (§ 81), was ohnehin der bisherigen Auffassung entspricht, so wird man hunderte von anderen Paragraphen des bürgerlichen Gesetzbuches finden, die einer ähnlichen Verbesserung fähig sind. Wenn § 884 BGB. deshalb abgeändert werden muß, weil er zu eng ist und nicht bloß für die vereinbarte Schriftform, sondern für jede vereinbarte Form gelten soll (§ 131), so müssen auch hundert andere Paragraphen geändert werden, die einer extensiven Interpretation bedürftig sind. Wenn man eine neue Bestimmung des Inhaltes für notwendig findet, daß der Richter bei der Auslegung von Willenserklärungen den Willen zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdruckes zu haften habe (§ 114), so gibt es eine Unzahl andrer Rechtssätze, die mindestens ebenso notwendig sind, wie dieser. Derartige Bestimmungen entbehren jeder praktischen Bedeutung und sind nur geeignet eine Flut andrer Verbesserungsvorschläge hervorzurufen, die ebenso berechtigt sind, wie die angeführten. Wenn man sich nicht strenge daran bindet, nur so viel und so weit zu revidieren, als praktisch unbedingt notwendig ist, ist eine so schleunige Reform, wie sie die Regierung im Auge hat, weder möglich noch rätlich.

II. Noch auffallender ist die Ungleichheit in der Form der Durchführung der Revision. Ein Teil der Rechtssätze des Entwurfes soll an die Stelle bestimmter Paragraphen des bürgerlichen Gesetzbuches treten und wird bei Neuausgaben des bürgerlichen Gesetzbuches im Gesetzbuche selbst erscheinen, während ein anderer Teil außerhalb des Gesetzes bleiben soll. Ein triftiger Grund für diese verschiedenartige Behandlung ist nicht ersichtlich. Es scheint lediglich der zufällige Umstand maßgebend gewesen zu sein, ob man mehr oder weniger leicht einen geeigneten Platz im bürgerlichen Gesetzbuche ausfindig machen konnte. So soll z. B. die Bestimmung über die Auslegung von Verträgen nach Treu und Glauben als neuer § 914 in das bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen werden (§ 114), während der damit in unmittelbarem Zusammenhange stehende, darauffolgende Rechtssatz des § 115, daß hinsichtlich der Bedeutung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Verkehre geltenden Gewohnheiten Rücksicht zu nehmen sei, neben dem bürgerlichen Gesetzbuche ein selbständiges Sonderdasein führen wird. So werden ferner die neuen Bestimmungen über Ort und Zeit der Leistung, über Verträge zugunsten dritter im Gesetzbuche Unterkunft finden, während dies bei den Normen über die Nichterfüllung entgeltlicher Verträge nicht der Fall sein wird.

Gegen diesen Vorgang muß schon vom Standpunkte des guten Geschmackes aus Einsprache erhoben werden. Unser Gesetzbuch ist ein altehrwürdiges Kunstwerk, das durch seinen hundertjährigen

Digitized by Google

Bestand mit dem Volke eng verwachsen ist und das uns liebgeworden ist. Wir müssen uns dagegen verwahren, daß an diesem Kunstwerke überflüssige Renovierungen vorgenommen werden, etwa nur deshalb, weil man gerade die Maurerkelle in der Hand hat, wir dürfen ferner aber auch verlangen, daß unser neues Gesetzbuch eine erträgliche Fassade erhalte, daß nicht in unschönen An- und Zubauten Dinge untergebracht werden, welche ohne Verletzung der Fassade im Hause selbst untergebracht werden können.

Diese Zubauten sind umso bedenklicher, als sie einen ganz anderen Stil zeigen, als unser bürgerliches Gesetzbuch. Hier dominiert die mathematische und abstrakte Ausdrucksweise des deutschen Gesetzbuches, die mit der konkreten und anschaulichen Redeweise unseres bürgerlichen Gesetzbuches in grellem Widerspruche steht. Sogar mit einem Verweisungsparagraphen hat uns der Entwurf beschenkt, der es mit den berüchtigtsten Verweisungsparagraphen des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches getrost aufnehmen darf.[1])

In denjenigen Bestimmungen, welche in unser Gesetzbuch aufgenommen werden sollen, hat man zum Teile mit Glück die Ausdrucksweise des bürgerlichen Gesetzbuches festgehalten, aber selbst hier ist man ab und zu in die Technik des deutschen Gesetzes verfallen, wie z. B. die Bestimmungen über die Verträge zugunsten Dritter zeigen (§§ 139, 140), welche an Stelle des § 881 f. BGB. treten sollen. Man braucht nur die neuen Bestimmungen in continuo mit den vorhergehenden und nachfolgenden Paragraphen des bürgerlichen Gesetzbuches zu lesen, um zu sehen, daß dieselben wie ein Fremdkörper wirken. Das ist nicht nur ein Schönheitsfehler, denn es ist gewiß auch praktisch bedenklich, in ein Gesetzbuch Bestimmungen aufzunehmen, die eine ganz andere Sprache sprechen, die ganz anders gelesen und interpretiert werden müssen, als die übrigen Teile des Gesetzes.

Meiner Ansicht nach wäre der ganze Inhalt des Entwurfes — abgesehen von einigen sofort zu besprechenden Ausnahmen — in das Gesetzbuch selbst einzureihen. Das ist möglich, ohne auch nur die Ziffernfolge des bürgerlichen Gesetzbuches zu berühren. Freilich werden sich einige Partien des Entwurfes dabei eine Kürzung gefallen lassen müssen, die ihnen aber nur zum Vorteile gereichen wird, da sie dadurch der Technik unseres bürgerlichen Gesetzbuches notwendig näherrücken müßten. In einem Gesetz, das der Wissenschaft und Praxis einen so weiten Spielraum läßt, wie das unserige, ist es durchaus nicht notwendig alles zu sagen, was im deutschen Gesetzbuche gesagt werden mußte.

---

[1]) § 69, Abs. 2: Die §§ 7, 8, 9 und 10, Abs. 1 des Gesetzes vom 22. Februar 1907, RGBl. Nr. 48, betreffend die Konvertierung von Hypothekarforderungen, bleiben mit der Maßgabe in Geltung, daß an Stelle des in den §§ 7 und 10 dieses Gesetzes bezogenen § 2, Abs. 2, die Bestimmung des ersten Absatzes des § 69 des gegenwärtigen Gesetzes tritt!

Digitized by Google

Zu den Bestimmungen, welche in das Gesetzbuch nicht aufgenommen werden können und sollen, gehören die §§ 21—23 über die Fürsorge für uneheliche Kinder und die §§ 31—48 über den Vormundschaftsrat, betreffend die Übersicht über die Pflegebefohlenen und betreffend die gesetzliche Vertretung der in Anstalten aufgenommenen Minderjährigen. Diese Bestimmungen fallen ohnehin auch inhaltlich zum größten Teil über den Rahmen des bürgerlichen Rechtes hinaus und könnten in Form einer Novelle zum Vormundschaftsrechte zusammengefaßt werden. Ferner können nicht in das bürgerliche Gesetzbuch eingereiht werden die §§ 72—78 über die Vorrangseinräumung, welche ja auch bisher nicht im bürgerlichen Gesetzbuch sondern im Grundbuchgesetz geregelt war.

Für alle übrigen Bestimmungen kann im bürgerlichen Gesetzbuch Raum geschaffen werden, wobei ich es für kein Unglück halten würde, wenn man im Notfalle ein oder das andremal zu einem § Xa oder Xb seine Zuflucht nehmen müßte. Die Art der Einreihung ist in den meisten Fällen von selbst gegeben, nur einige Punkte möchte ich hervorheben. Die Bestimmung über das Namenrecht (§ 1) könnte unter der neuen Marginalrubrik: (Personenrechte) „VIII aus dem Namen" an Stelle des überflüssigen § 43 BGB. treten. Für die §§ 55 ff. über den Einfluß der Teilung von Liegenschaften auf Grunddienstbarkeiten kann durch Ergänzung des § 485 und Streichung des § 486 BGB. Raum geschaffen werden; für die §§ 63 ff. betreffend die Verfügung des Eigentümers über die Hypothek durch Ergänzung des § 469 und Streichung des § 470; für die §§ 143 ff über die Nichterfüllung entgeltlicher Verträge durch Streichung des § 919 und 920. Für die ausführlichen Bestimmungen über den Dienstvertrag stehen eine ganze Reihe von Paragraphen zur Verfügung, welche durch Streichung der antiquierten Normen über den Erbpacht und Erbzinsvertrag gewonnen werden können.

III. Den Marginalrubriken hat der Entwurf merkwürdigerweise gar keine Beachtung geschenkt, so daß es fast den Anschein hat, als ob man dieselben als beliebig abänderbar (durch wen?) betrachten würde. So sollen die Bestimmungen über die Verträge zugunsten Dritter als § 881 und 882 BGB. künftighin unter der alten Marginalrubrik „Möglichkeit der Leistung" stehen; der neue § 864, der von der Rechtzeitigkeit der Annahmeerklärung handelt, wird unter der Rubrik „Einteilung der Verträge" figurieren. An der Spitze der §§ 1400 ff. soll die Rubrik „Anweisung (Assignation)" erhalten bleiben, obwohl die darauf bezüglichen Bestimmungen aufgehoben sind und an deren Stelle zwei neue Rechtsinstitute, die Anweisung und die Schuldübernahme treten (§ 181 ff.). Im neuen § 1313 endlich wird die grundsätzliche Haftung für das Verschulden von Gehilfen ex contractu normiert (§ 117), die darauffolgende

Digitized by Google

Rubrik „Ausnahmen“ aber stehen gelassen, obwohl die §§ 1314 ff. nun gar nicht mehr als Ausnahmen vom § 1313 erscheinen.

Auch hinsichtlich der Marginalrubriken muß im gesetzlichen Wege Ordnung geschaffen werden.

2. Die obligationenrechtlichen Bestimmungen.

I. Allgemeine Bestimmungen über Willenserklärungen und Verträge. Die §§ 114 und 115 des Entwurfes gehen, wie ich schon bemerkt habe, über das sonst festgehaltene Maß der Revision hinaus. § 114, Abs. 1 bestimmt:

„Bei Beurteilung und Auslegung von Willenserklärungen hat der Richter den Willen zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.“

So weit diese Bestimmung nur den Sinn hat, die Buchstabeninterpretation zu verbieten, ist sie heute — anders lag die Sache zur Zeit der Erlassung des Handelsgesetzbuches — überflüssig. Sie ist aber deshalb nicht ganz unbedenklich, weil die scharfe Hervorhebung, daß der Wille das Maßgebende sei, daß der Richter diesen inneren Willen zu erforschen habe, zur Ansicht verleiten könnte, daß dieser Rechtssatz ein Ausfluß der Willenstheorie sei. Da sich heute im österreichischen Rechte endlich die Ansicht durchgekämpft hat, daß das bürgerliche Gesetzbuch auf dem Standpunkte der Vertrauenstheorie stehe, halte ich es wirklich nicht für zeitgemäß, diesen Zustand durch eine an sich überflüssige Bestimmung zu gefährden. Unnotwendig ist ferner, wie Schey in jüngster Zeit überzeugend dargetan hat[2]), die Norm, daß Verträge nach Treu und Glauben — oder wie der Entwurf sich ausdrückt, nach der „Übung des redlichen Verkehres“ — auszulegen und zu erfüllen seien (§ 114, Abs. 2) und es kann endlich nicht als praktisch irgendwie dringlich bezeichnet werden, dem Richter vorzuschreiben, daß er „in Beziehung auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Verkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen“ habe (§ 115). Das ist ein völlig selbstverständlicher Grundsatz, ohne den eine Auslegung von Willenserklärungen gar nicht möglich ist.

Auch die durch § 116 verfügte Aufhebung des § 887 BGB. halte ich nicht für notwendig, nicht einmal für wünschenswert. In den weitaus meisten Fällen, in denen die Schriftform vereinbart wird, wollen die Parteien, daß der Vertrag in der Form gelte, in der er schriftlich festgelegt wurde. Es ist ja gerade der Zweck der schriftlichen Fixierung, das Resultat aller mündlichen Verhandlungen und Vorbesprechungen aus dem Gewirre des hin und her Geredeten herauszuheben und vor Anfechtungen sicher zu stellen. Auch die

[2]) Obligationsverhältnisse I, S. 541 ff.

Digitized by Google

Vereinbarung der Schriftform ist ein Vertrag, der nach der „Übung des redlichen Verkehres“ auszulegen ist und dieser Auslegung nach Treu und Glauben entspricht es, daß später nicht mündliche Vereinbarungen „vorgeschützt“ werden dürfen, welche früher oder gleichzeitig „geschehen sein sollen“. Der schriftliche Vertrag soll beiden Teilen Sicherheit geben, sie wollen sich auf das schriftlich Vereinbarte unbedingt verlassen können. Das entspricht dem Rechtsgefühle des Volkes, welches vor dem schriftlichen Vertrage bei weitem mehr Respekt hat, als unsere Theoretiker, und gerade das — nicht mehr — will auch § 887 zum Ausdrucke bringen. Nur eine formalistische Handhabung des § 887 kann zu Härten führen; die neueren Entscheidungen unserer Gerichte zeigen, daß das nicht mehr zu befürchten ist. Ferner habe ich schon bei einer anderen Gelegenheit darauf hingewiesen, daß wir im § 887 eine wertvolle Stütze haben für den Schutz des Dritten, der im Vertrauen auf die Urkunde Rechtsgeschäfte vorgenommen hat.[3])

Durch § 117 Entw. wird die allgemeine Haftung aus Verträgen für das Verschulden des gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, festgesetzt. Diese gewiß zu begrüßende Norm soll an Stelle des § 1313 BGB. treten. Fraglich ist die Stellung dieser neuen Bestimmung zu den anderen Rechtssätzen des bürgerlichen Gesetzbuches, welche sich mit der vertragsmäßigen Haftung für fremdes Verschulden beschäftigen. Nach den Erläuterungen hätte § 117 sowohl für Gehilfen, als auch für Substituten („Stellvertreter in der Erfüllung“) zu gelten. Wenn das richtig wäre, so bestünde nunmehr ein unlösbarer Widerspruch zwischen dem neuen § 1313 und den §§ 1010 und 1161 BGB. Man wird jedoch trotz der Erläuterungen anzunehmen haben, daß im § 117 lediglich die Gehilfenhaftung behandelt sei, während §§ 1010 und 1161 die Haftung für Substituten betreffen.[4]) Das entspricht auch der Auffassung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches, dem § 117 entnommen ist.

Ferner wird infolge der Neuerung des § 117 der § 1315 künftighin nur auf die außerkontraktliche Haftung für Gehilfen zur Anwendung kommen können.[5]) Da man in absehbarer Zeit auf eine weitere Revision des bürgerlichen Gesetzbuches nicht rechnen darf, wäre zu erwägen, ob nicht die veraltete, überaus unklare und streitige Bestimmung des § 1315 zu beseitigen und die Frage der Haftung für außervertragliche Schädigung durch Dritte eine den heutigen Verhältnissen entsprechenden Lösung zuzuführen sei.

---

[3]) Vertrauen auf äußere Tatbestände, S 206 ff.

[4]) Für diese Unterscheidung im bisherigen Recht insbesondere Schey, Obligationsverhältnisse I, S. 604 ff.

[5]) Anders bisher Schey a. a. O., S. 605, 611 ff.

Digitized by Google

II. Vertragsschließung. § 119, Abs. 2 bestimmt:

„Wenn eine Annahmeerklärung nach der Natur des Geschäfts oder der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist, oder wenn vom Antragsteller darauf verzichtet wurde, so gilt der Vertrag als geschlossen, wenn der Antrag innerhalb der hierfür bestimmten oder den Umständen angemessenen Frist nicht abgelehnt ist."

Diese Bestimmung schließt sich im wesentlichen an A. 1021 des schweizerischen Entwurfes an. Es ist ja nun gewiß gerechtfertigt, wenn der Verfasser unseres Entwurfes nicht durchwegs das deutsche Gesetzbuch zum Muster nimmt, sondern ab und zu dem schweizerischen Entwurfe folgt, der seiner Technik nach unserem bürgerlichen Gesetzbuche weit näher steht. Gerade bei den obligationenrechtlichen Bestimmungen ist aber in dieser Hinsicht eine gewisse Zurückhaltung geboten, weil der schweizerische Entwurf hier zum großen Teil nichts neues bringt, sondern in berechtigtem Konservativismus so weit als tunlich, die alten Rechtssätze des schweizerischen Obligationenrechts bestehen läßt, auch wenn sie nicht durchaus gelungen sind. A. 1021 schweizerischer Entwurf stammt aus A. 5, Abs. 3 schweizerisches Obligationenrecht und ist, wie sich an einem einfachen Beispiele nachweisen läßt, nicht einwandfrei. A sendet dem B ohne Bestellung eine Ware samt der Rechnung. B verwendet die Ware für sich oder veräußert sie und erklärt trotzdem in „angemessener Frist" daß er den Kauf ablehne. Nach § 119, Abs. 2 gilt dann der Verkauf als nicht geschlossen. Das ist nicht nur unhaltbar sondern widerspricht auch den Absichten des Verfassers des Entwurfes. Die Erläuterungen führen aus (S. 123): „Wenn eine Annahmeerklärung nach der Verkehrssitte überhaupt nicht zu erwarten ist, z. B. bei der Erteilung von Aufträgen, Bestellung von Arbeiten, Lieferungen, bei denen es üblich ist, daß keine ausdrückliche Erklärung der Annahme erfolgt . . . so gilt der Vertrag als geschlossen, wenn der Antrag nicht rechtzeitig abgelehnt ist. Da in solchen Fällen der Antragsempfänger nicht eine Erklärung abgeben, sondern in der hierfür bestimmten oder den Umständen angemessenen Frist dem Antrag entsprechend handeln soll, wird der Antrag in der Regel als abgelehnt anzusehen sein, wenn nicht durch die Ausführung der Annahmewille betätigt wird". Nun fehlt aber im Entwurfe gerade die entscheidende Bestimmung, daß nämlich in solchen Fällen die bloße Betätigung des Annahmewillens genügt.[6]) Ferner wird durch diese Bestimmung für den anderen Teil eine ganz ungerechtfertigte Verpflichtung zur Antwort auf Offerten geschaffen.

[6]) Vgl. dagegen auch deutsches bürgerliches Gesetzbuch § 151: Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zustande, ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Ferner ungarischer Entwurf § 940, Abs. 2: Der Vertrag ist solchen Falles geschlossen, sobald die andere Partei den Antrag in welcher Weise immer annimmt.

Digitized by Google

§ 120 des Entwurfes behandelt die Frage der Rechtzeitigkeit der Annahmeerklärung. Auffallend ist, daß diese Bestimmung, die sich ihrem Inhalte nach unmittelbar an den neuen § 862 BGB. anschließt, an Stelle des § 864 BGB. treten soll, so daß der Zusammenhang durch § 863 unterbrochen ist, der von der ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärung handelt. Im übrigen ist zu bemerken, daß der Ausdruck „Rücktritt" in § 120 nicht ganz korrekt ist, weil bei nicht rechtzeitigem Einlangen der Annahme gemäß § 119 der Antrag erlischt. Es kann daher nur von einer Mitteilung der Verspätung die Rede sein.

III. Mangel der Willensübereinstimmung und Irrtum. Der § 122 Entw. bringt eine doppelte Änderung des § 869 BGB.; zunächst die Bestimmung, daß ein Vertrag nicht zustande komme, wenn die Erklärung „erkennbarer Weise nicht ernstlich gemeint" ist. Von praktischem Belange ist diese Änderung nicht, da diese Frage auch nach geltendem Rechte nicht anders entschieden werden könnte. Welche Bedeutung es haben soll, daß bei dem angeführten Passus § 916 zitiert ist, der von den simulierten Rechtsgeschäften handelt, läßt sich nicht erraten.

Wichtiger ist die zweite Änderung, welche dem ungarischen Entwurfe § 982 entnommen ist. Der Vertrag soll auch dann nicht zustande kommen, wenn „mehrdeutige Ausdrücke gleichlautender Erklärungen von beiden Teilen in verschiedenem Sinne verstanden" werden. Ich halte diese Vorschrift für bedenklich, weil sie in der Form, in welcher sie im Entwurfe steht, mit der Vertrauenstheorie und den Irrtumsregeln im Widerspruche steht. Wenn gleichlautende Erklärungen der Parteien vorliegen, die von ihnen in verschiedenem Sinne verstanden werden, wird es sich immer um „mehrdeutige Ausdrücke" handeln, da eben eindeutige Ausdrücke nicht in verschiedenem Sinne verstanden werden können. Wollte man nun in allen derartigen Fällen den Vertrag wegen Dissenses für ungültig erklären, so wäre die Bestimmung, betreffend den Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung (§ 124) völlig überflüssig. Es wird sich in solchen Fällen zunächst darum handeln, im Wege der Auslegung festzustellen, welche Bedeutung der mehrdeutige Ausdruck nach den Umständen des einzelnen Falles haben konnte und wie er von dem anderen Teile aufgefaßt werden mußte. Weicht diese Auslegung von dem Sinne ab, den die erklärende Partei mit ihrer Erklärung verbunden hat, so kann sie den Vertrag wegen Irrtums anfechten, aber nur dann, wenn der Irrtum der Gegenpartei bekannt war oder bekannt sein mußte. Von einer Ungültigkeit des Vertrages wegen Dissenses kann keine Rede sein. Ich vermute, daß auch der Verfasser des Entwurfes mit dieser Lösung einverstanden sein dürfte und daß durch den neuen Passus des § 869 nur Fälle des sogenannten versteckten unlösbaren Dissenses getroffen werden wollten, d. h. solche, wo die Mehrdeutigkeit

Digitized by Google

trotz der bereits erfolgten Auslegung nicht behoben werden konnte. Nun ist aber weder aus dem Wortlaute der neuen Bestimmung, noch aus dem Zusammenhange zu entnehmen, daß in derselben die Fruchtlosigkeit der bereits erfolgten Auslegung vorausgesetzt ist, wie das im ungarischen Entwurfe durch die vorangehende Bestimmung des § 981 klargestellt ist.

Was die Fälle des versteckten unlösbaren Dissenses selbst anlangt, so bedürfen diese einer ausdrücklichen Regelung aus naheliegenden Gründen nicht. Wenn A dem B „eine Fuhre Bretter" verkauft und jeder der beiden an eine andere Gattung Bretter gedacht hat und ferner auch im Wege der Auslegung, durch Einvernahme von Sachverständigen nicht festgestellt werden kann, welche Art und Qualität von Brettern darunter zu verstehen sei, so ist der Vertrag allerdings ungültig, und zwar wegen Unbestimmtheit des Inhaltes. Dazu bedarf es keiner Gesetzesbestimmung, da es beim besten Willen nicht möglich wäre, einen derartigen Vertrag zur Durchführung zu bringen.[7])

Auch die Irrtumsregeln des bürgerlichen Gesetzbuches wurden einer Revision unterzogen, die großenteils nur formeller Natur ist, indem man den Hauptgrundsatz der Irrtumslehre in einen Rechtssatz, den neuen § 871 (§ 124) zusammengezogen hat:

„War ein Teil über den Inhalt der von ihm abgegebenen oder dem anderen zugegangenen Erklärung in einem wesentlichen Irrtum befangen, so entsteht für ihn keine Verbindlichkeit, falls der Irrtum durch den anderen veranlaßt war oder diesem aus den Umständen offenbar auffallen mußte, oder ihm noch rechtzeitig aufgeklärt wurde."

Zur Verschönerung unseres Gesetzes trägt diese Änderung nicht bei, da nunmehr die späteren §§ 875 uud 876 (auch in seiner neuen, gekürzten Form) zum größten Teile nur überflüssige Wiederholungen des in § 871 zusammengefaßten Prinzipes sind. Ferner spricht § 871 nur von dem Irrtume über den Inhalt der Erklärung. Daß auch der Irrtum über wesentliche Eigenschaften in Betracht kommt, erfahren wir erst aus der Antithese des § 872, der in seiner bisherigen Form erhalten bleibt und mit den Worten beginnt: „Betrifft aber der Irrtum weder die Hauptsache, noch eine wesentliche Beschaffenheit derselben . . ." Es ist weder schön noch auch klar, in der Antithese Begriffe zu bringen, von denen in der These (§ 871) gar nicht die Rede ist.

Was die sachlichen Änderungen in § 871 anlangt, so fällt vor allem auf der Beisatz: „oder dem anderen zugegangenen Erklärung".

---

[7]) Vgl. dazu etwa Danz, Auslegung, S. 21 ff. Iherings Jahrbücher 46, S. 401 ff. Biermann, Bürgerliches Recht I, S. 247 ff. Leonhard, Allgemeiner Teil, S. 475 ff.

Digitized by Google

Welche Bedeutung dieser Zusatz hat, wäre kaum zu erraten, wenn uns nicht die Erläuterungen die Aufklärung geben würden, daß dadurch der Fall getroffen werden soll, daß die Differenz zwischen Willen und Erklärung auf eine unrichtige Abgabe der Erklärung durch ein Zwischenorgan (Verstümmlung eines Telegramms u. a.) zurückzuführen ist; derselbe Fall also, der durch § 120 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches geregelt ist, welcher bestimmt:

„Eine Willenserklärung, welche durch die zur Übermittlung verwendete Person oder Anstalt unrichtig übermittelt worden ist, kann unter den gleichen Voraussetzungen angefochten werden, wie . . . eine irrtümlich abgegebene Willenserklärung."

Die Erledigung dieses Falles in der vom Entwurfe gewählten Form scheint mir in mehrfacher Beziehung bedenklich. Zunächst steht es mit der Technik unseres bürgerlichen Gesetzbuches nicht im Einklange, einen Rechtssatz, der sich ganz konkret fassen läßt, in einer sehr abstrakten und überaus künstlichen Form zu bringen. Es ist gewiß gekünstelt, den Rechtssatz, daß die Übermittlung der Willenserklärung auf Gefahr des Übersenders geht, dahin auszudrücken, daß bei unrichtiger Übermittlung sich der Erklärende im Irrtum über den Inhalt seiner Willenserklärung befinde. Die Bestimmung ist ferner inhaltlich zu weit, weil sie ihrem Wortlaute nach nicht nur auf Fälle anwendbar ist, wo die unrichtige Übermittlung durch Boten, Telegramm usw. geschieht, sondern auch auf Fälle, wo ein beliebiger Dritter die Willenserklärung fälscht, bevor sie der anderen Partei zugeht; man denke etwa an Änderungen der in der Speisekarte angesetzten Preise durch einen mutwilligen Gast u. a.

Die Bestimmung würde daher genauer umgrenzt werden müssen; sie würde vielleicht sogar enger gefaßt werden müssen, als § 120 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches. Denn nach dem Wortlaute des deutschen Gesetzbuches ist der Übersender dem Boten auf Gnade und Ungnade ausgeliefert und hat die Gefahr zu tragen, wenn der Bote ganz andere Willenserklärungen als die gewollten überbringt.[8]) Der ungarische Entwurf § 990 spricht vorsichtiger von „entstellter Übermittlung".

Durch den weiteren Beisatz des § 871, „oder ihm noch rechtzeitig aufgeklärt wurde", wird gewiß eine große Unsicherheit in den Verkehr getragen;[9]) ob das mit Rücksicht auf die seltenen Fälle in denen die Vertrauenstheorie zu Härten führt gerechtfertigt ist, scheint mir zweifelhaft. In der Praxis hat sich, soweit mir bekannt ist, der Mangel einer solchen Einschränkung bisher nicht fühlbar gemacht.

Meiner Ansicht nach besteht überhaupt keine Notwendigkeit, an

[8]) Vgl. Dernburg, Bürgerliches Recht I, § 145, V. Crome I, S. 422. Hölder, Kommentar zu § 122.

[9]) Vgl. Mitteis, Freie Presse, Nr. 15600 von 1908.

Digitized by Google

den Irrtumsregeln eine Änderung vorzunehmen.[10]) Die Irrtumslehre ist eine der schöpferischen Großtaten unseres Gesetzbuches, die wir wegen einiger Unebenheiten oder Zweifel nicht antasten sollten, am wenigsten bei einer Revision, die sich auf praktisch dringende Reformen beschränken will.

IV. Ungültige Verträge. In § 128 Entw., der an Stelle des § 879 BGB. treten soll, ist nun ein überaus wichtiger Rechtssatz ausgesprochen, dem Theorie und Praxis schon seit geraumer Zeit zustreben:

„Ein Vertrag, der (gegen ein gesetzliches Verbot) gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt, ist nichtig."

Dadurch wird das gesamte Vertragsrecht unter die Kontrolle des allgemeinen Wohles gestellt. Auch bei uns wird nun mit neuer Kraft der Kampf darüber entbrennen, wie weit man in der Berücksichtigung der guten Sitten und der öffentlichen Ordnung gehen dürfe, ob lediglich der Inhalt des betreffenden Rechtsgeschäftes maßgebend sei, ob und inwieweit auch subjektive Momente zu berücksichtigen seien und insbesonders, ob auch die Motive und Zwecke des Rechtsgeschäftes zur Beurteilung der Frage herangezogen werden dürfen, ob das Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstoße. Es ist sehr naheliegend, daß man zur Lösung dieser Zweifel Anhaltspunkte suchen wird in der beispielsweisen Aufzählung, welche § 128 an den allgemeinen Grundsatz anschließt:

„Insbesonders sind folgende Verträge nichtig:

1. wenn etwas für die Unterhandlung eines Ehevertrages bedungen wird;

2. wenn ein Rechtsfreund eine ihm anvertraute Streitsache an sich löst;

3. wenn eine Erbschaft oder ein Vermächtnis, die man von einer dritten Person erhofft, noch bei Lebzeiten derselben veräußert wird;

4. wenn jemand den Leichtsinn oder die ihm bekannte Notlage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, daß er sich oder einem Dritten für eine Leistung Gegenleistungen versprechen oder gewähren läßt, deren Vermögenswert zu dem Wert der Leistungen in auffälligem Mißverhältnisse steht.

Das zum Zwecke eines verbotenen Spieles gegebene Darlehen kann nicht zurückgefordert werden (§ 1174)."

In den Punkten 1 bis 3, die schon im bisherigen § 879 enthalten sind, handelt es sich um Fälle, wo der Vertragsinhalt den guten Sitten widerspricht. Anders liegt die Sache im Falle 4.

[10]) Auch eine dem § 120 DBGB. entsprechende Bestimmung ist überflüssig, da die Analogie der Irrtumsregeln sich von selbst aufdrängt.

Digitized by Google

Der Vertragsinhalt — Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung — ist an sich nicht geeignet, den Vertrag zu einem unsittlichen zu stempeln. Die Erläuterungen (S. 128) behaupten dies zwar; das ist aber gewiß nicht zutreffend, wie schon die Normen betreffend die Verletzung über die Hälfte (§ 934 f BGB.) ergeben. Entscheidend für die Qualifikation der wucherischen Verträge als unsittlicher ist vielmehr das subjektive Element der Ausbeutung fremder Notlage. Hier wird also über den Vertragsinhalt bereits hinausgegangen.

Besonders bedenklich ist es aber, daß auch das Darlehen zu verbotenem Spiele in diesem Zusammenhange angeführt wird. Da liegt doch der Gedankengang sehr nahe, daß das Darlehen zu verbotenem Spiele nach der Auffassung des Gesetzes ein unsittliches Rechtsgeschäft sei — auch die Erläuterungen behaupten, es liegt hier „in der Regel" ein Verstoß gegen die guten Sitten vor — und daß daher auch die Zwecke und Motive des Rechtsgeschäftes dasselbe zu einem unsittlichen machen können. Es müßte zu den bedenklichsten Konsequenzen führen, wenn man dem schikanösen Schuldner die Möglichkeit eröffnen würde, seinem Gläubiger gegenüber sich darauf zu berufen, daß der betreffende Vertrag unlauteren Motiven entstamme, daß er mit dem Vertrage moralisch bedenkliche Zwecke verfolge und der Richter dazu verleitet würde, in einem ganz schrankenlosen Maße den Zensor des Rechtslebens zu spielen. Die Motive selbst bemerken (S. 127), daß es zu weitgehen dürfte, „wenn ein an sich unbedenkliches Rechtsgeschäft, etwa der Kauf eines Hauses für nichtig erklärt würde, wegen des diesem Geschäfte zugrunde liegenden und in dem Rechtsgeschäfte selbst nicht weiter zum Ausdrucke kommenden Zweckes oder Motives". Das wird nur ein frommer Wunsch bleiben, wenn man das Darlehen zu verbotenem Spiele in die Bestimmung über die unsittlichen Verträge einreiht; denn hier handelt es sich zweifellos um einen Zweck, der im Rechtsgeschäfte selbst nicht zum Ausdrucke kommt, es sei denn, daß sich der Darlehensnehmer in irgend einer Form zum Spiele verpflichtet hätte, was kaum je zutreffen wird.

Man mag also über das Darlehen zu verbotenem Spiele denken wie man will — ich halte die Entscheidung des Entwurfes selbst nicht für zutreffend[11]) — in den § 879 kann diese Bestimmung nicht aufgenommen werden, ohne zu schweren Mißverständnissen Anlaß zu geben. Da die Lösung dieser Streitfrage auch nicht als irgendwie dringlich bezeichnet werden kann, würde ich vorschlagen, die Lösung der „weiteren Revision" vorzubehalten.

V. Form der Verträge. § 130 Entw. bringt nach dem Vorbilde der neueren Kodifikationen das Erfordernis der

[11]) Vgl. insbesonders Schey, Obligationsverhältnisse, I., S. 92 ff.

Digitized by Google

Schriftform für den Erbschaftskauf[19]) und die Verpflichtungserklärung des Bürgen. Meiner Ansicht nach wäre auch für die Veräußerung von Grundstücken die Schriftform festzusetzen. Die Formlosigkeit solcher wichtiger Rechtsgeschäfte hat bekanntlich in der Praxis zu mißlichen Erscheinungen geführt. Derartige Rechtsgeschäfte werden häufig von Bauern in angeheiterter Stimmung am Biertische abgeschlossen, wobei gewöhnlich vereinbart wird, daß die Parteien an einem bestimmten Tage beim Notar erscheinen sollen, um den Vertrag in eine einverleibungsfähige Form zu bringen. Der Oberste Gerichtshof hat bei solchen bedenklichen Vertragsschlüssen häufig den Ausweg gewählt, das Geschäft nach § 884 zu beseitigen, weil sich die Parteien „zu einem schriftlichen Vertrage verabredet" hätten. Das ist eine zweifellos verfehlte Auslegung des § 884, die sich in anderen Fällen rächt, aber es geht daraus hervor, daß die Praxis selbst auf Umwegen zu dem Erfordernisse der Schriftlichkeit zu gelangen strebt. Die neueren Gesetzgebungen gehen in dieser Beziehung noch weiter. § 313 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches verlangt gerichtliche oder notarielle Beurkundung, ebenso verlangt das schweizerische Zivilgesetzbuch öffentliche Beurkundung (A 657 ZGB., A 271 a EinfG., A 1259 Entw. über das Obligationsrecht).

Die vom Entwurfe (§ 131) vorgeschlagene Änderung des § 884 ist, wie ich schon bemerkt habe, überflüssig. Wenn an dieser Bestimmung etwas geändert werden soll, so wäre es höchstens das, daß durch den Beisatz „im Zweifel" oder in Form einer Vermutung zum Ausdruck gebracht wurde, daß es sich hier nur um eine Auslegung des Parteiwillens handelt.

VI. Verträge zugunsten Dritter. § 139 Entw. der an die Stelle des § 881 BGB. treten soll, ist, wie ich schon angedeutet habe, unglücklich stilisiert, und zwar nicht nur deshalb, weil er mit der Technik des bürgerlichen Gesetzbuches nicht harmoniert, sondern auch darum, weil er so kompliziert ist, daß ihn selbst die Erläuterungen zum Teile mißverstanden zu haben scheinen. § 139 bestimmt:

„Hat sich jemand im eigenen Namen eine Leistung an einen Dritten versprechen lassen, so kann er fordern, daß an den Dritten geleistet werde.

Ob und in welchem Zeitpunkte der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, vom Versprechenden Erfüllung zu fordern, ist mangels einer ausdrücklichen Vereinbarung nach der Natur und dem Zwecke des Vertrages zu beurteilen. Insbesonders erwirbt der Dritte dieses

[19]) Diese Formvorschrift ist für die Fälle, wo die Veräußerung der Erbschaft vor der Einantwortung erfolgt — und das sind die Hauptfälle — für das österreichische Recht unpraktisch; vgl. auch Ehrenzweig, JBl., Nr. 8 von 1908.

Digitized by Google

Recht, wenn die Leistung hauptsächlich ihm zum Vorteile gereichen soll. Die Befugnis des Versprechensempfängers, in eigenem Namen vom Versprechenden die Erfüllung des Vertrages zugunsten des Dritten zu verlangen, erlischt nicht, wenngleich der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt."

Das entspricht der modernen Auffassung hinsichtlich der Verträge zugunsten Dritter. Dann folgt ein weiterer Absatz 3:

„Vorbehaltlich anderer Vereinbarungen kann im Falle des unmittelbaren Erwerbes das Recht des Dritten, Erfüllung zu fordern, ohne dessen Zustimmung nicht mehr aufgehoben oder geändert werden, sobald er vom Versprechenden oder vom Versprechensempfänger vom Vertrage benachrichtigt worden ist."

Im Zusammenhange mit Absatz 2 kann diese Bestimmung nur folgendes bedeuten. Die Frage ob und in welchem Zeitpunkte der Dritte ein unmittelbares Recht aus dem Vertrage erwerbe, ist im Absatze 2 geregelt. Der Absatz 3 behandelt die davon verschiedene Frage, ob das von dem Dritten nach Absatz 2 erworbene Recht („im Falle des unmittelbaren Erwerbes") noch nachträglich aufgehoben werden kann. Es kann im Absatze 3 unmöglich eine zweite allgemeine Norm hinsichtlich der Frage enthalten sein, in welchem Zeitpunkte der Dritte ein unmittelbares Recht erwerbe. Das scheinen aber die Erläuterungen anzunehmen, wenn sie (S. 134) ausführen: „Für die Frage, in welchem Zeitpunkte das Recht des Dritten entstehen soll, kommt es in erster Linie auf den Willen der vertragschließenden Teile an, es wird also auch in dieser Richtung neben ausdrücklichen Vereinbarungen auf die Umstände und den Zweck des Vertrages Rücksicht zu nehmen sein. In einem Spezialfalle der Verträge zugunsten Dritter, nämlich bei Erteilung eines Auftrages zur Leistung an einen Dritten, erwirbt nach geltendem Rechte (§ 1019) der Dritte ein unmittelbares Recht aus dem Vertrage, wenn er von dem einen oder dem anderen Vertragsteile vom Vertrag benachrichtigt worden ist. Diese Bestimmung kann als allgemeine Norm mangels andrer Vereinbarungen aufrecht erhalten werden." Obwohl hier Absatz 3 auf dieselbe Frage bezogen wird, die schon im Absatz 2 gelöst ist, glaube ich doch, daß hinsichtlich der Richtigkeit obiger Auslegung kein Zweifel bestehen kann.[13])

Eine andere Frage ist die, ob die angeführte Regelung vom sachlichen Standpunkte aus gerechtfertigt ist und ob nicht der tiefere Grund für die theoretische Verwechslung der Erläuterungen in dem richtigen Gefühle gelegen ist, daß es praktisch keinen Sinn hat, hinsichtlich der Frage, wann der Dritte das Recht erwerbe und wie lange es ohne seine Zustimmung aufgehoben werden könne, grundsätzlich verschiedene Lösungen zu geben. Man wird vielmehr im

[13]) Vgl. auch den folgenden Absatz der Erläuterungen, der mit dem zitierten im Widerspruche steht.

Digitized by Google

Interesse der Einfachheit davon ausgehen müssen, daß der Zeitpunkt, in dem der Dritte ein unmittelbares Recht erwirbt, prinzipiell zusammenfallen soll mit dem Zeitpunkte, in dem dieses Recht unwiderruflich wird; denn es hat im allgemeinen keinen praktischen Zweck, von einem selbständigen Rechte des Dritten zu sprechen, so lange dieses Recht von den Parteien beliebig beseitigt werden kann. Eine andre Lösung kann sich ausnahmsweise aus dem Parteiwillen oder dem Zwecke des betreffenden Rechtsgeschäftes ergeben.

Die Erwägung, daß der Dritte gewiß dann ein unwiderrufliches Recht erwerben soll, wenn er verständigt wird, ist ja zutreffend, daraus folgt aber nicht, daß er grundsätzlich erst in diesem Zeitpunkte ein unwiderrufliches Recht erlangen kann. Wollte man das zum Prinzipe erheben, so käme man praktisch so ziemlich wieder auf die alte gemeinrechtliche Lehre hinaus, daß der Dritte erst mit der Annahme ein Recht erwerben könne. Daß das Prinzip des § 139, Abs. 3 unhaltbar ist, zeigt sich z. B. im Falle der Gutsübernahme. Der letzte Absatz des § 139 bestimmt darüber:

„Das Recht auf die bei einer Gutsabtretung zugunsten eines Dritten versprochenen Leistungen gilt mangels anderer Vereinbarung dem Dritten als mit der Übergabe des Gutes erworben."

Soll dieses Recht des Dritten nun — vorbehaltlich anderer Vereinbarung — nach § 139, Abs. 3 noch immer aufgehoben werden können, wenn eine Verständigung desselben nicht erfolgt ist? Dann könnte der Übernehmer nicht nur durch Vereinbarung mit dem Übergeber, sondern auch noch mit dessen Erben, das Recht des Dritten beseitigen.

VII. Nichterfüllung entgeltlicher Verträge. § 143, Abs. 1 Entw. gibt, wenn der eine Teil in Verzug gerät, dem anderen Teile das Recht entweder Erfüllung und Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu verlangen oder unter Setzung einer angemessenen Nachfrist den Rücktritt vom Vertrage anzukündigen. Der Rücktritt läßt den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung unberührt (§ 147). § 143, Abs. 2 bestimmt weiter:

„Ist bedungen, daß die Erfüllung bei sonstigem Rücktritte vom Vertrage genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist zu erfolgen hat oder läßt der dem Leistungspflichtigen bekannte Zweck der Leistung entnehmen, daß sie im Falle des Verzuges für den andern Teil kein Interesse hat, so muß letzterer, wenn er auf der Erfüllung bestehen will, dies innerhalb dreier Tage nach Eintritt des Verzuges dem Leistungspflichtigen anzeigen, widrigenfalls er als von dem Vertrage zurückgetreten anzusehen ist."

Hier sind zwei Fälle auseinandergehalten, deren Verhältnis zu einander nicht ganz klar ist. Im ersten Falle ist das Rücktritts-

Digitized by Google

recht die Folge der vertragsmäßigen Rücktrittsklausel und daher dieses Recht auch dann gegeben, wenn ein Verzug des Schuldners, der nach der herrschenden Lehre Verschulden voraussetzt, nicht vorliegt. Im zweiten Falle, dagegen scheint es sich zu handeln um eine gesetzliche Folge des Verzuges, die nur eintreten würde bei Verschulden der säumigen Partei. Auch die Vorbilder des Entwurfes, das deutsche bürgerliche Gesetzbuch und der schweizerische Entwurf unterscheiden scharf zwischen dem Rücktrittsrecht, das sich auf Parteiwillen stützt (§ 361 DBGB., A 1132 SchwEntw.) und den gesetzlichen Folgen des Verzuges, wenn die Leistung für den Gläubiger kein Interesse mehr hat (§ 326, Abs. 2 DBGB., A 1133 SchwEntw.).

Diese Unterscheidung wird aber im Entwurfe dadurch verwischt, daß das Rücktrittsrecht im zweiten Falle nur dann eintreten soll, wenn dem Schuldner bekannt war, daß die Leistung für den Gläubiger kein Interesse mehr habe. Dadurch fällt der zweite Fall mit dem ersten zusammen, denn der Rücktritt kann nicht nur ausdrücklich, sondern auch „in einer für beide Teile unverkennbarer Weise stillschweigend" bedungen sein (Erl. S. 136). Da scheint es mir nun ziemlich stelbstverständlich zu sein, in Fällen, wo der Schuldner wußte, daß eine verspätete Leistung für den Gläubiger kein Interesse mehr habe, die stillschweigende Rücktrittsklausel anzunehmen. Damit verliert aber die theoretische Unterscheidung dieser beiden Fälle jede Grundlage und es ist auch nicht einzusehen, warum sie verschieden behandelt werden sollten, je nachdem den säumigen Teil ein Verschulden trifft oder nicht. Tatsächlich führen auch die Erläuterungen den zweiten Fall einfach als einen Anwendungsfall des ersten auf, wenn sie sagen: „Eine ausreichende Grundlage, die stillschweigende Rücktrittsklausel anzunehmen, wird dann gegeben sein, wenn die Natur des Geschäftes oder der beiden Teilen bekannte Zweck der Leistung eine verspätete Leistung als zwecklos erscheinen lassen". Wenn dem so ist, dann ist die Anführung des zweiten Falles überflüssig und der Grundgedanke des Absatz 2 kann viel einfacher stilisiert werden, wie etwa A 1132 des schweizerischen Entwurfes zeigt.

Daneben bleibt dann freilich die Tatsache bestehen, daß der Gläubiger in Fällen, wo der Zweck der Leistung dem Schuldner nicht bekannt war, die verspätete Leistung selbst dann annehmen muß, wenn sie für ihn kein Interesse mehr hat. Der Gläubiger kann zwar dem Schuldner nach Absatz 1 eine Nachfrist mit der Ankündigung des Rücktrittes stellen, aber welchem Gläubiger wird das einfallen, wenn er an der Leistung kein Interesse mehr hat und innerhalb „angemessener" Frist (was ist hier angemessen?) müßte er in allen Fällen noch Erfüllung annehmen. Diese Schonung des Schuldners auf Kosten des Gläubigers ist um so merkwürdiger, als sie dem säumigen Schuldner auch dann zugute kommt, wenn ihm Verschulden zur Last fällt. Das scheint mir doch ein allzu

Digitized by Google

kräftiger Schutz gegen „die Schikane oder Unbilligkeit“ des Gläubigers zu sein.

Ferner habe ich Bedenken dagegen, daß dem Gläubiger vom Entwurfe nicht einfach ein Rücktrittsrecht gegeben wird, sondern daß er „als zurückgetreten anzusehen“ sein soll, wenn er nicht binnen dreier Tagen Erfüllung verlangt. Hier tritt kraft Gesetzes für den Gläubiger eine Rechtsfolge ein, die an einen sehr komplizierten Tatbestand geknüpft ist. Ob die Voraussetzungen des Absatz 2 gegeben sind oder nicht, wird für den Juristen häufig zweifelhaft sein und der Laie kann sich darüber überhaupt kein Urteil bilden. Wie soll der Gläubiger wissen, ob eine stillschweigende Rücktrittsklausel als gegeben anzunehmen ist, wie soll er wissen, ob der Zweck der Leistung dem anderen Teile ausreichend bekannt ist, ganz abgesehen davon, daß im letzteren Falle gar nicht klar ist, ob die Rechtsfolgen nur bei Verschulden des Schuldners eintreten, oder auch ohne dasselbe? Der Gläubiger wird daher nachträglich kaum jemals beurteilen können, als was es „anzusehen“ sei, ob als zurückgetreten oder nicht. Ferner wird der Gläubiger in dem Zeitpunkte, wo die Erfüllung hätte geschehen sollen und auch in nächsten Tagen darauf meistens gar nicht wissen, ob es sich um Verzug oder Unmöglichkeit der Leistung handelt. Trotzdem gilt er im ersteren Falle als zurückgetreten, im letzteren nicht (§ 145 Entw.). Endlich wird es häufig vorkommen, daß der Gläubiger, der nach § 143, Abs. 2 als zurückgetreten gilt, später die ihm angebotene Leistung trotzdem annimmt. Wird er jetzt wieder als nicht zurückgetreten angesehen oder haben wir einen neuen Vertrag anzunehmen, dessen Bestandteile wir doch nur aus dem früheren Vertrage zusammensetzen könnten?

Meiner Ansicht nach muß dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht gegeben werden, über das er disponieren kann. Wenn man es für nötig hält, den Schuldner vor Unsicherheit zu schützen, so kann man ihm das Mittel an die Hand geben, dem Gläubiger eine angemessene Frist zur Erklärung zu bestimmen (vgl. § 355 DBGB., § 1185 ung. Entw.). In denjenigen Fällen, wo die handelsrechtlichen Normen nicht eingreifen, besteht kaum jemals die Gefahr, daß der Gläubiger auf dem Rücken des Schuldners spekuliert. Will der säumige Schuldner wissen, ob der Gläubiger sein Rücktrittsrecht ausüben will, so ist es gewiß richtiger, von ihm zu verlangen, daß er sich rühre, als dem Gläubiger zuzumuten, binnen dreitägiger Frist Erklärungen abzugeben, die dem bürgerlichen Verkehre völlig ungewohnt sind.

Ähnliche Bedenken gegen den dem Gläubiger aufgenötigten Rücktritt bestehen auch in den Fällen der §§ 144 und 146. Nach § 144 gilt der Gläubiger auch bei Sukzessivlieferungsverträgen unter gewissen Voraussetzungen als zurückgetreten, wenn er nicht innerhalb dreier Tage Erfüllung verlangt. Hier kann es dem Gläubiger passieren, daß der säumige Schuldner ganz unvermutet und wider

Digitized by Google

Willen des Gläubigers die weitere Lieferung einstellt und dem Gläubiger mitteilt, daß dieser als zurückgetreten anzusehen sei, da die Voraussetzungen des § 144, Abs. 3 gegeben seien. Dasselbe gilt von § 146 Entw., der von den sogenannten positiven Vertragsverletzungen handelt und bestimmt:

„Wenn aus einem entgeltlichen Vertrage ein Teil zu einer Unterlassung verpflichtet ist und dieser Verpflichtung zuwiderhandelt, kann der andere Teil für den Fall erneuter Zuwiderhandlung den Rücktritt von dem Vertrage ankündigen.

Der Rücktritt wird wirksam, sowie die Zuwiderhandlung erfolgt."

Da das neuerliche Zuwiderhandeln dem anderen Teile gar nicht zur Kenntnis zu kommen braucht und vielfach nicht zur Kenntnis kommen wird, so wird sehr häufig der Gläubiger als zurückgetreten gelten, obwohl er davon gar nichts weiß. Auch das ist wieder besonders gefährlich bei Sukzessivleistungen; z. B. in einem Sukzessivlieferungsvertrage hat der Verkäufer dem Käufer versprochen, die betreffende Ware an keinen anderen innerhalb eines gewissen Rayons zu liefern. Der Verkäufer handelt dieser Unterlassungspflicht zuwider und der Käufer droht ihm gemäß § 146 den Rücktritt an. Der Verkäufer begeht trotzdem eine weitere Vertragsverletzung, ohne daß der Käufer davon erfährt. Hier gelangt man dazu, daß faktisch der vertragsbrüchige Verkäufer das „Wahlrecht" hat, ob er weiter liefern oder nicht liefern und dem anderen Teile mitteilen will, daß dessen Rücktritt bereits wirksam geworden sei. Dem Käufer kann durch diesen unvermuteten Abbruch der Lieferungen ein bedeutender Schade entstehen und für diesen Schaden kann er auch vom Verkäufer keinen Ersatz verlangen.

Hinsichtlich der Unmöglichkeit der Leistung bei gegenseitigen Verträgen bestimmt der Entwurf in § 145:

„Wenn die Erfüllung eines entgeltlichen Vertrages durch Verschulden eines Teiles oder durch einen von ihm zu vertretenden Zufall unmöglich wird, kann der andere Teil entweder Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten."

Der Entwurf unterscheidet nicht, wie das deutsche bürgerliche Gesetzbuch (§ 324 f) ob die Leistung durch Verschulden desjenigen unmöglich geworden ist, der sie zu machen hat, oder durch Verschulden desjenigen, der sie zu fordern hat. Auch wenn die Leistung durch Verschulden des Gläubigers derselben unmöglich geworden ist, kann der andere Teil nur Schadenersatz fordern oder vom Vertrage abgehen, nicht aber die Gegenleistung verlangen. Daher kann sich jemand von der ihm vertragsmäßig obliegenden Leistung dadurch losmachen, daß er die ihm geschuldete Gegenleistung vereitelt. Wenn ich z. B. mit dem X. einen Tausch unserer Jagdhunde verabrede und ich diesen Vertrag nachträglich bereue, weil ich meinen Hund behalten möchte, so kann ich das dadurch erreichen, daß ich den Hund des X.

Digitized by Google

vergiften lasse. Der andere Teil mag Schadenersatz verlangen, meinen Hund behalte ich.

Es fragt sich ferner, welche Bedeutung es hat, wenn der Entwurf dem anderen Teile das Wahlrecht einräumt, entweder Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder vom Vertrage zurückzutreten. Diese Frage ist deshalb berechtigt, weil nach dem Entwurfe im Gegensatze zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuche auch im Falle des Rücktrittes Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden kann (§ 147, Abs. 2). Ein juristischer Unterschied hinsichtlich der Natur dieser beiden Schadenersatzansprüche wird sich kaum feststellen lassen, denn auch der Schadenersatzanspruch bei erfolgtem Rücktritte muß ein Anspruch ex contractu sein, worauf ja auch die Stilisierung des § 147, Abs. 2 hinweist. Oder soll der Unterschied darin gelegen sein, daß in dem Falle, wenn Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt wird, der wahlberechtigte Teil seinerseits die Leistung zu machen hat und Schadenersatz wegen Nichterfüllung der Gegenleistung verlangen kann, während in dem Falle des Rücktrittes der wahlberechtigte Teil die eigene Leistung zurückbehalten und nur Schadenersatz hinsichtlich der Differenz verlangen kann? Aber auch in dieser Beziehung scheint kein prinzipieller Unterschied gewollt zu sein, da die Erläuterungen (S. 138) ausdrücklich bemerken, daß auch in dem Falle, als der wahlberechtigte Teil Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt, sich dieser Anspruch unter „Abrechnung der eigenen Leistung" auf die Differenz richten könne. Man könnte daher höchstens behaupten, daß beim Rücktritt immer nur der Differenzanspruch möglich sei, während im anderen Falle dem Gläubiger das Wahlrecht zustehe; ferner, daß in Fällen, wo der Wahlberechtigte seinerseits bereits geleistet hat, diese Leistung nicht zurückgefordert werden kann, wenn er Schadenersatz begehrt, daß sie dagegen zurückgefordert werden kann, wenn er zurücktritt (§ 147, Abs. 1 Entw.). Im ersten Falle bestünde der Schadenersatzanspruch im Erfüllungsinteresse an der Gegenleistung, im zweiten Falle in dem Differenzanspruche. Ob diese etwas komplizierte Regelung gewollt ist, weiß ich nicht; sollte sie aber nicht beabsichtigt sein, so hat das dem Gläubiger durch § 145 Entw. eingeräumte Wahlrecht überhaupt keinen praktischen Zweck.

Die Erläuterungen bemerken zu den neuen Bestimmungen über die Nichterfüllung entgeltlicher Verträge, es sei dabei die größte Vorsicht geboten, damit nicht in die Einzelbestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches zu tief eingegriffen werde. Diese Vorsicht ist gewiß wünschenswert, sie darf aber nicht darin bestehen, daß man die Einzelbestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches unverändert läßt, ohne sich die Frage vorzulegen, ob und inwieweit sie mit den neuen Rechtssätzen vereinbar sind. So ist z. B. gewiß unvereinbar mit den Normen des Entwurfes der Schlußsatz des § 1047 der für den Tauschvertrag bestimmt, daß im Falle der Nichterfüllung lediglich

Digitized by Google

Schadenersatz begehrt werden könne. Ferner ist hinzuweisen auf die Bestimmung des § 1154 über den Werkvertrag:

„Wenn der Bestellte aus seiner Schuld das Versprechen in der zur Bedingung gesetzten Zeit nicht erfüllet; so ist der Besteller nicht mehr schuldig, die bestellte Sache anzunehmen; er kann auch für den daraus entstandenen Schaden Ersatz fordern."

Diese Bestimmung steht im Widerspruche mit § 143, Abs. 2, da hier der Rücktritt an das Verschulden der säumigen Partei geknüpft ist, welches im analogen Falle des § 143, Abs. 2 nicht vorausgesetzt wird und ferner auch deshalb, weil hier dem Verletzten ein Rücktrittsrecht gegeben wird während er nach § 143 als zurückgetreten anzusehen ist, wenn er nicht binnen 3 Tagen Erfüllung verlangt. Da ein sachlicher Grund für die verschiedenartige Behandlung des Werkvertrages in diesen Fragen nicht besteht, so müßten diese Rechtsnormen jedenfalls miteinander in Übereinstimmung gebracht werden.

Ferner steht § 1166 nicht im Einklange mit § 143, Abs. 1,[14]) da in § 1166 dem Verleger ein Rücktrittsrecht ohne Nachfrist eingeräumt ist. Ähnliche Widersprüche bestehen auch gegenüber dem §§ 1117 und 1118 BGB.

Es fragt sich ferner, wie die Bestimmung des § 1155 BGB. zu den neuen Rechtsnormen über die Unmöglichkeit der Leistung steht. Nach § 1155 gebührt dem Dienstnehmer für Dienste, die nicht zustande gekommen sind, eine angemessene Entschädigung, wenn er das Geschäft zu verrichten bereit war und von dem Besteller durch Schuld oder einen Zufall der sich in seiner Person ereignet hat, daran verhindert wurde. Das hat man bisher gewöhnlich in dem Sinne genommen, daß der Dienstnehmer seinen Anspruch auf Gegenleistung behalte, jedoch sich dasjenige anrechnen lassen müsse, was er sich infolge der Nichtleistung erspart hat und was er infolge der anderweitigen Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt.[15]) Nach § 145 Entw. hätte der Dienstnehmer lediglich einen Schadenersatzanspruch. Das macht schon mit Rücksicht auf die Beweisfrage einen beträchtlichen Unterschied. Nach der herrschenden Auffassung des § 1155 kann der Dienstnehmer die Gegenleistung verlangen und es ist Sache des Dienstgebers, zu beweisen, daß sich der Dienstnehmer etwas erspart oder anderweitig etwas erworben habe. Nach § 145 Entw. müßte der Arbeiter die Höhe seines Schadens nachweisen.

Die Sache wird noch weiter kompliziert dadurch, daß noch die neuen Bestimmungen des Entwurfes über den Dienstvertrag „ergänzend" eingreifen und sich unter diesen Bestimmungen Rechtssätze finden, die wieder auf anderen Prinzipien beruhen, als § 1155 BGB. und § 145 Entw. So gibt § 174 Entw. dem Dienstnehmer für den

[14]) Möglicherweise auch mit Abs. 2 wenn es sich um ein Fixgeschäft handelt.

[15]) Vgl. Krainz, II., S. 258; DBGB. § 324, 615.

Digitized by Google

Fall der ungerechtfertigten Entlassung oder des durch Verschulden des Dienstgebers veranlaßten Austrittes einen Anspruch auf die Gegenleistung ohne daß sich der Dienstnehmer eine Anrechnung des anderweitig erworbenen gefallen lassen muß. Man wird sagen, diese Bestimmung beziehe sich nur auf die verschuldete Auflösung des Vertrages, nicht auf Fälle der verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung. Diese Unterscheidung läßt sich ja theoretisch machen, aber § 1155 BGB. bezieht sich gewiß auch auf diese Fälle, so daß also zum mindesten eine Kollision mit dieser Bestimmung besteht. Man wird ferner auch zugeben müssen, daß kein Grund ersichtlich ist, warum in Fällen, wo die Erfüllung des Vertrages durch Verschulden des Dienstgebers unmöglich wird, der Dienstnehmer schlechter gestellt sein soll, als in den Fällen des § 174 Entw. Die Erwägungen, welche den Entwurf zur Regel des § 174 geführt haben, sind gewiß für beide Fälle gleich zutreffend.

Es stehen demnach hier drei verschiedene Prinzipien hinsichtlich derselben Frage nebeneinander: nach § 1155 Anspruch auf Gegenleistung unter Abzug des ersparten oder anderweitig erworbenen, nach § 145 Entw. Anspruch auf Schadenersatz, nach § 174 Entw. Anspruch auf die volle Gegenleistung ohne Abzug.

Im Anschlusse an die Rechtsnormen über die Nichterfüllung entgeltlicher Verträge stellt der Entwurf noch folgende Bestimmung auf (§ 148):

„Wer aus einem entgeltlichen Vertrage zu einer Leistung verpflichtet ist, kann sie bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung verweigern, wenn der Anspruch auf letztere durch die schlechten Vermögensverhältnisse des andern Teiles gefährdet ist und dem zur Leistung Verpflichteten diese Gefährdung im Zeitpunkte des Vertragsabschlusses weder bekannt war, noch bei Anwendung gehöriger Sorgfalt hätte bekannt sein müssen."

Zunächst ist die Stilisierung des Schlußsatzes nicht einwandfrei, weil sie zu dem Mißverständnisse verleiten könnte, als ob die Gefährdung nur dann in Betracht komme, wenn sie schon zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden war. Denn, wenn sie nicht vorhanden ist, kann die Frage, ob sie dem andern Teile bekannt war oder hätte bekannt sein müssen, gar nicht aufgeworfen werden.

Die Bestimmung scheint mir ferner deshalb zu weit zu sein, weil bei entgeltlichen Verträgen ganz allgemein und ohne Rücksicht auf eine Gefährdung die Rechtsnorm gilt, daß die Leistung nur Zug um Zug zu erfolgen habe (§§ 1052 und 1062 BGB.). Eines Schutzes gegen Insolvenz bedarf der Leistende daher nur in solchen Fällen, wo § 1052 deshalb nicht eingreifen kann, weil der eine Teil nach dem Vertrage vorzuleisten verpflichtet ist (vgl. § 321 des BGB., § 1159 ung. Entw.). Würde die allgemeine Formulierung des § 148 Entw. beibehalten, so würde dies für die Normalfälle eine Einschränkung des § 1052 BGB. bedeuten.

Digitized by Google

VIII. Unerlaubte Handlungen. Nach § 152 Entw. soll dem § 1295 BGB. als zweiter Absatz folgende Bestimmung beigefügt werden:

„Wer in einer gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßenden Weise einem andern absichtlich Schaden zufügt, ist diesem zum Schadenersatze verpflichtet. Ist der Schade in Ausübung eines Rechtes zugefügt, so gilt dies nur, wenn die Ausübung des Rechtes nur den Zweck haben konnte, einem anderen Schaden zuzufügen."

Der erste Satz entspricht der Tendenz der neueren Rechtsentwicklung. Das Schikaneverbot ist in der Formulierung des zweiten Satzes wohl ungefährlich, aber auch praktisch ziemlich wertlos. Wie müßte ein Fall beschaffen sein, daß man sagen könnte, die Rechtsausübung könne objektiv keinen andern Zweck haben, als den, einem anderen Schaden zuzufügen? Jedenfalls ist es zu begrüßen, daß der Entwurf nicht auch die Rechtsausübung unter die Kontrolle der guten Sitten gestellt hat und wir dürfen hoffen, daß auch die Volksvertretung nicht, wie der deutsche Reichstag, der Versuchung unterliegen wird, um eines schön klingenden Grundsatzes willen die Ausübung von Privatrechten dem richterlichen Gutdünken preiszugeben.

IX. Dienstvertrag. Der Entwurf bringt eine Reihe ausführlicher Bestimmungen über den Dienstvertrag, die zum Teile einen entschiedenen Fortschritt gegenüber den neueren Kodifikationen bedeuten. Der Abschnitt wird eingeleitet durch § 155:

„Die Bestimmungen der §§ 1151—1163 ABGB. werden durch die nachfolgenden Bestimmungen über den Dienstvertrag ergänzt; diese letzteren Bestimmungen finden jedoch auf die Werkverdingung keine Anwendung."

Hier ist zunächst auffallend, daß der Entwurf vom Dienstvertrag spricht, den unser bürgerliches Gesetzbuch gar nicht kennt. Das bürgerliche Gesetzbuch kennt nur einen Lohnvertrag. Es unterscheidet zwar in § 1151 die Fälle, in denen sich jemand zu einer Dienstleistung verpflichtet von denen, in welchen sich der andere zur Verfertigung eines Werkes verpflichtet, aber ein großer Teil der Rechtsnormen gilt für beide Fälle gleichmäßig. Das bürgerliche Gesetzbuch steht damit auf einem Standpunkte, der als sehr modern bezeichnet werden kann. Ist doch jüngst von G. Rümelin[16]) mit sehr gewichtigen Gründen dargelegt worden, daß die scharfe Unterscheidung zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag, wie sie sich in den neueren Kodifikationen findet, keine Berechtigung habe. Es ist daher fraglich, ob es nicht einen Rückschritt bedeutet, vom Standpunkte des bürgerlichen Gesetzbuches abzugehen und beide Verträge nach ganz verschiedenen Grundsätzen zu behandeln. Sollen — um nur einen Punkt heraus-

[16]) Dienstvertrag und Werkvertrag.

Digitized by Google

zugreifen, — die neuen Fürsorgebestimmungen des Entw. (§ 162) nur beim Dienstvertrag nicht auch beim Werkvertrage Anwendung finden? Soll z. B. eine Künstlerin, die es übernommen hat, das Portrait des Bestellers während des Sommers in dessen Villa zu malen, nicht hinsichtlich der Wohn- und Schlafräume dieselben Ansprüche stellen dürfen, wie die Gouvernante, soll sie hinsichtlich ihrer Gesundheit und Sittlichkeit schlechter gestellt sein als diese?[17])

Ferner wird man sich damit nicht befreunden können, daß der Entwurf für die Neuregelung des Dienstvertrages den Modus gewählt hat, das bürgerliche Gesetzbuch formell völlig unberührt zu lassen und die neuen Rechtsnormen nur als „Ergänzung" des bürgerlichen Gesetzbuches hinzustellen. Man hat sich dabei allerdings die Mühe erspart, zu prüfen, ob und in wie weit das bürgerliche Gesetzbuch durch die neuen Bestimmungen sachlich tangiert werde, aber zur Rechtssicherheit wird dieser Modus nicht beitragen. In Wahrheit steht eine Reihe von Rechtssätzen des Entwurfes mit dem bürgerlichen Gesetzbuche nicht im Einklange. Das ist umso bedenklicher, als diese schwankende Grundlage das Fundament bilden soll, auf dem die weiteren Spezialgesetze über den Dienstvertrag aufgebaut werden sollen. Es ist hier derselbe Fehler begangen worden, dem wir schon bei der Behandlung der Nichterfüllung entgeltlicher Verträge begegnet sind. Wie sollen sich Theorie und Praxis zurechtfinden, wenn künftig für ein und dieselbe Frage die Rechtnormen des Entwurfes über die Nichterfüllung entgeltlicher Verträge, die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches über den Lohnvertrag, die ergänzenden Bestimmungen des Entwurfes über den Dienstvertrag und dann noch die Rechtssätze des betreffenden Spezialgesetzes in Betracht kommen, die sich zum Teile widersprechen, zum Teile überschneiden oder modifizieren usw.? Das müßte zu einer trostlosen Verwirrung führen.

Schon hinsichtlich der Bestimmung des § 156 ist es zweifelhaft, ob sie nicht mit dem bürgerlichen Gesetzbuche im Widerspruch steht:

„Durch den Dienstvertrag verpflichtet sich der Dienstnehmer zur Leistung der versprochenen Dienste und der Dienstgeber zur Gewährung des Entgeltes (§ 1152 ABGB.), sofern nicht Unentgeltlichkeit vereinbart ist."

Nach dem bürgerlichen Gesetzbuch fallen unentgeltliche Dienstleistungen nicht unter den Begriff des Lohnvertrages. Es ist nun allerdings möglich, daß es auch nach dem Entwurfe nicht beabsichtigt ist, unentgeltliche Dienstleistungen dem Dienstvertrage zu unterstellen. Der Schlußpassus ist scheinbar nur mit Rücksicht auf das Volontariat aufgenommen. Die Erläuterungen bemerken nämlich S. 141: „Die Entgeltlichkeit des Vertrages kann durch Vereinbarung, wie beim Volontariate ausgeschlossen sein." Es besteht nun aber

[17]) Vgl. Rümelin, a. a. O., S. 262ff.; Dernburg, Bürgerliches Recht, II., 2., S. 447.

Digitized by Google

gar kein Grund, das Volontariat als einen unentgeltlichen Vertrag zu behandeln. Bemerken doch die Erläuterungen selbst auf der nächsten Seite, beim Volontariat bestehe das „Entgelt in der Möglichkeit sich auszubilden oder die Verhältnisse einer bestimmten Anstalt oder eines Dienstzweiges kennen zu lernen."

Keine Ergänzung sondern eine Abänderung des § 1156 BGB. bedeutet ferner die Bestimmung des § 158 Entw. Er normiert im Interesse des Dienstnehmers, daß die Lohnzahlung innerhalb bestimmter kurz bemessener Zeitabschnitte erfolgen müsse. „Vereinbarungen, nach denen das Entgelt später als am Schlusse eines jeden Kalendermonats entrichtet werden soll, sind nichtig, wenn das Entgelt 3000 Kronen jährlich nicht übersteigt."

Diese Bestimmungen sind gewiß gerechtfertigt, soweit es sich um Dienstverhältnisse handelt, welche die Erwerbstätigkeit des Dienstnehmers vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmen. Zweifelhaft ist dies aber in solchen Fällen, wo der Dienstnehmer einer ganzen Reihe von Dienstgebern gegenübersteht. Die mit der Hinausschiebung der Lohnzahlung verbundene Abhängigkeit des Dienstnehmers, welche die Erläuterungen als Begründung des § 158 anführen, ist in derartigen Fällen nicht zu befürchten. Soll es unzulässig sein, wenn ich mit einem selbständigen Gärtner vereinbare, daß er die zur Instandhaltung meines Gartens nötigen Dienste verrichte und daß das nach der Anzahl der verrichteten Arbeitsstunden bemessene Entgelt vierteljährig zu bezahlen sei? Soll es nichtig sein, wenn ich mit meinem Hausarzte vereinbare, daß das Entgelt von 1000 Kronen am Schlusse des Jahres zu entrichten sei?

Nach § 159 Entw. behält der Dienstnehmer unter gewissen Voraussetzungen seinen Anspruch auf Entgelt, wenn er für verhältnismäßig kurze Zeit durch Krankheit und ähnliche Zufälle an der Leistung der Dienste verhindert wird. Nicht ganz unbedenklich dürfte die weitere Bestimmung des Abs. 2 sein, zufolge welcher der Arbeiter daneben noch einen Teil des Krankenkassengeldes bezieht. Da der kranke Arbeiter dadurch besser gestellt ist, als der gesunde, ist zu befürchten, daß diese Bestimmung auf den Gesundheitszustand der Dienstnehmer einen nachteiligen Einfluß ausüben wird. (Vgl. dagegen durch DBGB. § 616, ung. Entw. § 1605.).

Nach § 162 Entw. ist der Dienstnehmer verpflichtet, auf seine Kosten alle jene Einrichtungen bezüglich der Arbeitsräume und Gerätschaften herzustellen und zu erhalten, die mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der Dienstleistung zum Schutze des Lebens und der Gesundheit der Dienstnehmer erforderlich sind. Diese Bestimmung bedarf insoferne einer Beschränkung, als den Dienstnehmer diese Verpflichtung doch nur hinsichtlich derjenigen Einrichtungen und Gerätschaften treffen kann, die er nach dem Vertrage zu beschaffen hat. (Vgl. 618 DBGB.) Wenn ich mit einem Dachdecker vereinbare, daß er gewisse Reparaturen auf dem Dache meines Hauses vor-

Digitized by Google

zunehmen habe, so kann ich gewiß nicht verpflichtet sein, auf meine Kosten alle Gerätschaften herzustellen, die zum Schutze des Dachdeckers notwendig sind.

Ferner gibt es Dienste, die unter so gefährlichen Verhältnissen geleistet werden, daß ein absoluter Schutz des Lebens und der Gesundheit des Dienstnehmers nicht möglich ist. Man wird daher in solchen Fällen vom Dienstnehmer nicht das Unmögliche verlangen dürfen, jene Vorkehrungen zu treffen, welche zum Schutze des Lebens des Arbeiters erforderlich sind, sondern nur das, was der schweizerische Entwurf A 1385 fordert, daß er „für die Schutzvorrichtungen zu sorgen habe, die der jeweilige Stand der Technik unter Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Dienstleistung an die Hand gibt". (Ähnlich § 1609 ungarischer Entwurf und § 618 DBGB.)

Die §§ 163 ff. Entw. stellen zwingende Rechtsnormen hinsichtlich der Kündigungsfristen auf. Auffallend ist, daß nach § 167 in Fällen, wo das Entgelt nach Stück bemessen wird, jederzeit sofortige Kündigung zulässig ist. Da der Entwurf nicht unterscheidet, und § 165 auf diesen Fall nicht anwendbar ist,[18]) gilt dies auch dann, wenn das Stücklohnverhältnis die Erwerbstätigkeit des Dienstnehmers vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt. In diesen Fällen besteht aber gewiß das gleiche Bedürfnis, den Arbeiter gegen die Gefahren sofortiger Kündigung zu schützen, wie in den Fällen des Zeitlohnes (vgl. auch § 623 DBGB., § 1616 ungarischer Entwurf, § 77 GewO.).

§ 172 Entw. bestimmt, daß das Dienstverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit gelöst werden kann. Aus § 178 Entw. ergibt sich, daß das keine zwingende Rechtsnorm sein soll, sondern daß sie durch Parteivereinbarung geändert oder aufgehoben werden kann. Das ist deshalb merkwürdig, weil die deutsche Theorie ohne gesetzliche Bestimmung zu dem Resultate gelangt ist, daß es sich bei der analogen Rechtsnorm des deutschen BGB. (§ 626) um zwingendes Recht handle.[19]) Auch was die Erläuterungen (S. 151) dagegen vorbringen ist nichts weniger als überzeugend: „Den Parteien muß unbenommen bleiben, durch Vereinbarung Auflösungsgründe festzustellen, die ihnen wichtig genug scheinen, um von deren Eintreten die Fortdauer des Vertragsverhältnisses abhängig zu machen Solche vereinbarte Gründe nehmen den Charakter von auflösenden Vertragsbedingungen an, hinsichtlich welcher der Wahrung des Interesses der Parteien vom objektiven Rechte nicht Schranken gesetzt werden können. Bei der Unübersehbarkeit der in Betracht kommenden Verhältnisse wäre es sonst kaum zu vermeiden, daß ein objektiv durchaus zulässiger Geschäftszweck auf dem Boden des Rechts nicht erreicht werden könnte". Damit ist lediglich gesagt, daß es den Parteien unbenommen bleiben müsse, ver-

---

[18]) So auch die Erläuterungen, S. 147.

[19]) Vgl. Dernburg, II., 2., S. 455; Plank, § 626, Z. 4.

Digitized by Google

tragsmäßig wichtige Gründe für die Auflösung des Vertrages festzusetzen. Das wird aber dadurch garnicht verhindert, daß man den Rechtssatz des § 172 als einen zwingenden erklärt. Denn was ein wichtiger Grund ist, ist im Gesetze nicht gesagt und es besteht daher auch trotz zwingenden Rechtes kein Hindernis, solche Parteivereinbarungen zu berücksichtigen. Wohl ergibt sich aber daraus, daß man diese Bestimmung als dispositives Recht erklärt, die Konsequenz, daß durch Vertrag die Kündigung aus wichtigen Gründen überhaupt ausgeschlossen werden kann. Daß dadurch der Dienstnehmer dem Dienstgeber auf Gnade und Ungnade ausgeliefert wäre, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Daß § 174 Entw., der die Rechtsfolgen der vorzeitigen Entlassung und des vom Dienstgeber verschuldeten Austrittes des Dienstnehmers behandelt, mit § 1155 BGB. im Widerspruche steht, habe ich bereits erwähnt. Eine Bemerkung möchte ich noch an diese Bestimmung anknüpfen. Der Entwurf geht von dem Gedanken aus, daß es für den Dienstnehmer günstiger sei, ihm im Falle vorzeitiger Entlassung den Anspruch auf den vollen Lohn zu geben, als ihm einen Schadenersatzanspruch zu gewähren. Das trifft auch im allgemeinen zu; es trifft aber nicht zu in solchen Fällen, wo der Lohn sehr gering ist und der größere Teil der Gegenleistung in der Wohnung und Verpflegung des Dienstnehmers besteht (Hauslehrer, Pflegerinnen, Gouvernanten usw.). Wird ein derartiger Dienstnehmer grundlos entlassen, so ist er durch seinen meist minimalen Lohnanspruch vor Not nicht geschützt. Der Entwurf hat dem Volontär mit Recht einen Schadenersatzanspruch gegeben (§ 174, Abs. 2). Soll der Dienstnehmer, der einige Kronen Lohn bezieht, deshalb schlechter gestellt sein als der Volontär?[20])

X. Die Anweisung. Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch (§ 783) und der ungarische Entwurf (§ 1752) beschränken den Anweisungsbegriff auf die schriftliche Anweisung über Geld, Wertpapiere und andere vertretbare Sachen. Der Entwurf hat beide Beschränkungen fallen gelassen und behandelt als Anweisung alle Fälle, in denen jemand einen anderen zur Einhebung einer Leistung bei einem dritten ermächtigt (§ 181). Ob es einen praktischen Zweck hat, für die mündliche Anweisung besondere Rechtssätze aufzustellen, bezweifle ich.[21]) Das moderne Verkehrsrecht der Anweisung hat sich ausschließlich in jenen Fällen ausgebildet, welche das deutsche bürgerliche Gesetzbuch einer einheitlichen Regelung unterzieht. Für die

[20]) § 175 bedarf der Abänderung, da das Gericht im streitigen Verfahren nicht in die Lage kommen kann, zu entscheiden, daß dem Beklagten ein Ersatzanspruch gebühre und in welcher Höhe er zu leisten sei. Vgl. Grünberg, GZ., Nr. 4 ex 1908; Ehrenzweig, Ztschr. f. Not., Nr. 9 ex 1908.

[21]) Vgl. auch Krasnopolski, Vortrag über die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des ABGB., S. 37.

Digitized by Google

übrigen Fälle reichen die allgemeinen Rechtsnormen ohne weiteres aus. Für eine bestimmte Art der Anweisung, für die Bankanweisung ist bei uns allerdings durch das Scheckgesetz Vorsorge getroffen. Aber auch unter den durch das Scheckgesetz nicht gedeckten Fällen spielt die schriftliche Anweisung im Verkehre noch immer bei weitem die Hauptrolle.

Es sind auch die Rechtssätze des Entwurfes, obwohl er Schriftlichkeit nicht voraussetzt, doch auf die Schriftlichkeit der Anweisung zugeschnitten und ohne dieselbe zum großen Teile unpraktisch. So sollen nach § 183 dem Angewiesenen abgesehen von den Einwendungen aus der Gültigkeit der Annahme und seinem persönlichen Verhältnisse zum Anweisungsempfänger nur solche Einwendungen zustehen, die sich aus dem „Inhalte der Anweisung" ergeben. Das hat nur einen Sinn, wenn die Anweisung schriftlich vorliegt. Wie soll sich bei mündlichen Vereinbarungen entscheiden lassen, was zum „Inhalte der Anweisung" gehört und was nicht? Durch Anweisung und Annahme soll eine von den verschiedenen Kausalverhältnissen unabhängige „abstrakte" Verpflichtung des Angewiesenen begründet werden. Der Inhalt dieses abstrakten Vertrages läßt sich ohne Schriftlichkeit aus den mündlichen Vereinbarungen niemals herausschälen. Es ist ferner schon mehrfach[22]) mit Recht betont worden, daß ein abstrakter Vertrag ohne Schriftlichkeit auch deshalb ein Unding ist, weil es sich bei bloß mündlicher Vertragsschließung meist gar nicht feststellen läßt, ob die Parteien einen abstrakten Vertrag gewollt haben. So liegt die Sache auch hier. Ob es sich um eine Anweisung handelt, oder um eine Zession oder ein Inkassomandat, ob der dritte eine Anweisung angenommen hat oder ob er nur Leistung im Umfange seiner Schuld versprochen hat, das wird sich bei mündlichen Vereinbarungen zwischen drei verschiedenen Personen kaum jemals mit Sicherheit entscheiden lassen.

Ferner hat sich der Entwurf durch seine weite Umgrenzung des Anweisungsbegriffes die Möglichkeit verschlossen, entsprechende Rechtsnormen hinsichtlich der Übertragung der Anweisung aufzustellen; und doch liegt gerade in der Übertragbarkeit der Anweisung ihre Hauptbedeutung für den Verkehr. (Vgl. § 792 DBGB.; § 1760 ungar. Entw.) Es darf auch nicht übersehen werden, daß durch die schriftliche Anweisung zugleich eine Legitimation des Anweisungsempfängers gegenüber dem Angewiesenen gegeben ist, an der es bei der mündlichen Anweisung fehlt. Es wird kaum jemanden einfallen, auf Grund einer angeblichen mündlichen Anweisung eine Annahme zu erklären; es müßte jedenfalls noch eine direkte Anweisung des Anweisenden an den Angewiesenen hinzukommen. Dann ist aber auch der Angewiesene „Anweisungsempfänger". Man sieht, auch die Terminologie des Entwurfes ist nur auf die schriftliche Anweisung berechnet.

---

[22]) Vgl. besonders Schey, Obligationsverhältnisse, I., S. 168 f.

Digitized by Google

Nach § 182 Entw. wird die Bestimmung des § 1408 BGB. in veränderter Form aufrecht erhalten. Die Erläuterungen (S. 153) bemerken dazu: „Im Anschlusse an das geltende Recht (§ 1408) empfiehlt es sich, jedoch ohne die Analogie der Zession heranzuziehen, den Angewiesenen zu verpflichten, daß er der Anweisung Folge leiste, insoweit er das zu Leistende dem Anweisenden bereits schuldet, insoweit er also durch die Anweisung nicht über das bestehende Verpflichtungsverhältnis hinaus belastet wird. Eine Zession braucht in solchem Falle nicht vorzuliegen, so daß der Anweisungsempfänger nicht schon durch die Anweisung Gläubiger des Angewiesenen wird und auch nicht aus dem zwischen Anweisenden und Angewiesenen bestehenden Rechtsgrunde fordern kann. Der Angewiesene ist nur dem Anweisenden gegenüber verpflichtet, der Anweisung Folge zu leisten, dem Empfänger der Anweisung wird er erst durch die Annahme der Anweisung verpflichtet." Nach dem „braucht" hätte ich ein „weil" erwartet. Das haben aber die Erläuterungen vermieden; sie knüpfen statt der Begründung die Rechtsfolgen der Konstruktion an, deren Berechtigung zu beweisen war. Ich muß nun gestehen, daß ich auch keine Begründung dafür weiß, warum dem Verkehre neben Anweisung und Zession noch ein Mittelding zwischen beiden zur Verfügung gestellt werden muß. Ich glaube, daß dafür kein praktisches Bedürfnis besteht und daß dieses Rechtsinstitut nur Unklarheit erzeugen würde. Für die Fälle, in denen der „Angewiesene" nur das leisten soll, wozu er dem „Anweisenden" gegenüber verpflichtet ist, reicht die Zession aus. Hier bedarf es keiner Zustimmung des Schuldners, da seine Rechtslage dadurch nicht verschlechtert wird. Sollen aber dem Angewiesenen alle Einreden aus seinem Verhältnisse zum Anweisenden abgeschnitten werden, dann bedarf es der Annahme, zu der er niemals schon deshalb verpflichtet sein kann, weil er Schuldner ist; denn er kann nicht verpflichtet sein, seine Rechtslage zu verschlechtern. Das ist die klare Grenzlinie zwischen Zession und Anweisung auf Schuld.

Was soll es aber nun bedeuten, wenn der Entwurf sagt: „Insoweit der Angewiesene das zu Leistende dem Anweisenden bereits schuldet, ist er diesem gegenüber zur Annahme verpflichtet"? Genügt der angewiesene Schuldner seiner Verpflichtung zur Annahme, wenn er dem Anweisungsempfänger verspricht das zu leisten, was er dem Anweisenden schuldig ist? Dann ist die Annahme für den Empfänger wertlos; seine Rechtslage ist praktisch ganz dieselbe wie bei der Zession. Die Intention des Entwurfes scheint aber weiter zu reichen; denn die Erläuterungen sagen, er ist zur Annahme verpflichtet, „insoweit er durch die Anweisung nicht über das bestehende Verpflichtungsverhältnis hinaus belastet wird". Damit dürfte gesagt sein, daß der Schuldner zur Annahme ohne Vorbehalt verpflichtet ist, insoweit die Anweisung über die Verpflichtung aus dem Grundverhältnis nicht hinausgeht. Wie soll nun der Schuldner in einiger-

Digitized by Google

maßen komplizierten Fällen wissen, inwieweit er zur Annahme verpflichtet ist? Wenn etwa A. dem B. aus einem gegenseitigen Vertrage zur Leistung einer Geldsumme verpflichtet ist, so können ihm aus einem derartigen Vertrage zahllose Einwendungen erwachsen, die sich zurzeit noch gar nicht übersehen lassen. Muß hier der A. auf eigene Gefahr prüfen, inwieweit er zur Annahme verpflichtet ist und in die Zwangslage kommen, entweder seine Verpflichtung zur Annahme zu verletzen, oder dem Anweisungsempfänger auf Grund seiner Annahme möglicherweise mehr zahlen zu müssen, als er schuldig war? Denn auch in diesem Falle sind ihm nach § 183 alle Einwendungen aus seinem Verhältnisse zum Anweisenden abgeschnitten. Das geht weit über die bisherigen Bestimmungen des § 1408 und 1409 hinaus.

Der schweizerische Entwurf kennt allerdings eine ähnliche Bestimmung, die aus dem alten Obligationenrecht herübergenommen wurde. Aber der schweizerische Entwurf ist viel vorsichtiger hinsichtlich der Rechtslage des Schuldners. Er bestimmt in A. 1465:

„Soweit der Angewiesene Schuldner des Anweisenden ist und seine Lage dadurch, daß er an den Anweisungsempfänger Zahlung leisten soll, in keiner Weise verschlimmert wird, ist er zur Zahlung an diesen verpflichtet.

Vor der Zahlung seine Annahme zu erklären, ist der Angewiesene selbst in diesem Falle nicht verpflichtet, es sei denn, daß er es mit dem Anweisenden vereinbart hätte."

Nach § 184 Entw. kann der Anweisende die Anweisung, solange sie noch nicht dem Empfänger gegenüber angenommen ist, widerrufen. In welcher Weise der Widerruf zu erfolgen hat, ob dem Angewiesenen oder dem Anweisungsempfänger gegenüber, ist im Entwurf nicht gesagt. Der Entwurf macht die Wirksamkeit des Widerrufes abhängig von den zwischen den Beteiligten bestehenden Kausalverhältnissen. Das scheint mir ziemlich kompliziert und für die beteiligten Parteien nicht ungefährlich zu sein, da dadurch die ganze Rechtslage von völlig unübersehbaren Voraussetzungen abhängig gemacht wird. Ferner gelangt man auf diesem Wege zu Widerrufen, die dem einen Teile gegenüber wirksam sind, dem anderen Teile gegenüber nicht, ohne daß klar wäre, welche Bedeutung eine derartige teilweise widerrufene Anweisung hat. Man wird daher, wie das deutsche bürgerliche Gesetzbuch (§ 790) und der ungarische Entwurf (§ 1758) den Widerruf der Anweisung unabhängig stellen müssen von den bestehenden Kausalverhältnissen.

XI. Die Schuldübernahme. § 190 Entw. regelt die Frage der Übernahme von Hypotheken auf den Kaufpreis bei Veräußerung von Grundstücken. Die Lösung dieser Frage muß von dem Gedanken ausgehen, daß es im Interesse des Realkredites sowie aller beteiligten

Digitized by Google

Parteien gelegen ist, daß dingliche und persönliche Haftung nicht auseinander gehen. Diesem Gedanken trägt der Entwurf dadurch Rechnung, daß er bestimmt, eine derartige Hypothekenübernahme sei im Zweifel als Schuldübernahme zu verstehen. Ferner ist den Parteien nach dem Vorbilde des § 416 DBGB. das Recht eingeräumt, dem Gläubiger schriftlich eine Frist zur Zustimmung mit der Wirkung zu stellen, daß er nach Ablauf der Frist als einverstanden gilt. Der Entwurf rechnet darauf, daß der Gläubiger meistens nichts tun werde und verwertet somit die Trägheit des Gläubigers um den gewollten Zweck zu erreichen. Ob diese Rechnung richtig ist, möchte ich bezweifeln. Dem Gläubiger wird von einer ihm vielleicht ganz unbekannten Person mitgeteilt, daß eine Schuldübernahme stattgefunden habe. Das kann wahr sein oder auch nicht, oder nur zum Teile wahr sein. Die Mitteilung an den Gläubiger kann ferner erfolgen, noch bevor der Übernehmer als Eigentümer im Grundbuche eingetragen ist. Ich glaube, daß die Rechtslage trotz der Bestimmung des Absatz 2 eine viel zu unsichere ist, als daß sich nicht auch der trägste Gläubiger dagegen wehren würde, als zustimmend behandelt zu werden. Er wird eben vorsichtshalber seine Zustimmung verweigern; das kann ihm keinen Schaden bringen, während er im entgegengesetzten Falle den unangenehmsten Überraschungen ausgesetzt ist. Verweigert aber der Gläubiger wegen dieser Unsicherheit seine Zustimmung, dann ist nicht nur der Zweck der Fristsetzung vereitelt, sondern die ganze Rechtslage dauernd verdorben, da nun auch von einer späteren Zustimmung des Gläubigers durch konkludente Handlungen nicht mehr die Rede sein kann. Die Fristsetzung wird ihren Zweck nur dann erreichen können, wenn dem Gläubiger ein sicheres Substrat für seine Entscheidung geboten wird. Dieser Auffassung hat insbesonders der ungarische Entwurf Rechnung getragen, der in § 1269 bestimmt:

„Kommen im Falle der Veräußerung einer unbeweglichen Sache der Veräußerer und der Erwerber dahin überein, daß dieser eine Schuld jenes, für die[23]) eine Hypothek an der unbeweglichen Sache besteht, als persönlicher Schuldner übernehme und wird infolgedessen die Schließung eines Schuldübernahmevertrages nach Einverleibung des Erwerbers unter Nachweisung dieses Umstandes und unter Übermittlung einer eine unbedingte Übernahmeerklärung enthaltenden öffentlichen Urkunde im Wege eines königlichen öffentlichen Notars mit Bezugnahme auf die Vorschriften des gegenwärtigen Paragraphen dem Hypothekargläubiger beantragt, so gilt der Antrag nach Ablauf von sechs Monaten ... als angenommen, insofern nicht der Gläubiger der Partei, von der er denselben erhalten hat, vor Ablauf der erwähnten Frist erklärt, daß er ihn nicht annehme."

[23]) Die amtliche Übersetzung spricht ein durchaus eigenartiges Deutsch.

Digitized by Google

Es fragt sich weiters, wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn die Parteien, welche die Hypothekenübernahme vereinbart haben, von der Fristsetzung des § 190 Entw. keinen Gebrauch machen. Man wird daraus nicht den Schluß ziehen dürfen, daß in diesem Falle eine Schuldübernahme überhaupt nicht beabsichtigt sei. Es wird vielmehr bei dem Grundsatze sein Bewenden haben, daß im Zweifel Schuldübernahme vorliege und es wird dann die allgemeine Bestimmung des § 187 Entw. eingreifen, nach welchem die Schuldübernahme der Einwilligung des Gläubigers bedarf. Diese Einwilligung kann auch stillschweigend erfolgen, insbesonders dadurch, daß der Gläubiger eine ihm vom Erwerber im eigenen Namen angebotene Zinszahlung annimmt. Diese Konsequenzen sind freilich nicht unzweifelhaft, aber praktisch notwendig und deshalb würde es sich vielleicht empfehlen, eine dem A. 1206 des schweizerischen Entwurfes entsprechende Norm in das Gesetz aufzunehmen.

Für nicht zutreffend halte ich die Bestimmung des § 191 Entw. bezüglich der Frage der Haftung für Schulden bei der Übernahme eines ganzen Vermögens.[24]) Der Entwurf bestimmt zwar, daß auch der Übernehmer den Gläubigern hafte, aber nur dann, wenn die Übernahme den Gläubigern mitgeteilt oder öffentlich bekannt gemacht wurde und behandelt die Regel noch überdies als bloß dispositives Recht, so daß der Übernehmer die Haftung ganz oder zum Teile ablehnen kann. Das widerspricht dem Zweck der Bestimmung, welcher nur dahin gehen kann, die Gläubiger vor den Gefahren der Vermögensübernahme zu schützen. Schulden, welche aus den übertragenen Aktiven zu berichtigen waren, sollen nach der Verkehrsauffassung und im Interesse der Gläubiger auf dem übernommenen Vermögen haften bleiben. Die Gläubiger sollen durch einen zwingenden Rechtssatz gesichert werden, sie sollen nicht genötigt sein, zu ihrem Schutze zur Anfechtung derartiger Rechtsgeschäfte zu greifen, die für alle Beteiligten viel bedenklicher ist und viel tiefer in das Rechtsleben einschneidet. Freilich muß dann dem Übernehmer die Möglichkeit geboten werden, seine Haftung auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die ihm aus den Übernahmsvertrage zustehenden Ansprüche zu beschränken (vgl. § 419 DBBG., § 1174 ungar. Entw.).

Die Regelung des Entwurfes würde gegenüber dem geltenden Rechte sogar einen Rückschritt bedeuten, da bisher die Analogie aus § 1282 bezüglich des Erbschaftskaufes maßgebend war und die hier normierte Haftung des Käufers gewiß zwingenden Rechtes ist.

3. Sachenrechtliche Bestimmungen.

I. Eigentums- und Pfandrechtserwerb an nicht verbücherten Liegenschaften.

[24]) Vgl. auch Mitteis, „Freie Presse" Nr. 15.600 ex 1908.

Digitized by Google

Der Entwurf bringt in den §§ 50 und 51 neue Vorschriften über Erwerb des Eigentumes und des Pfandrechtes an nicht verbücherten Liegenschaften sowie „an Häusern und anderen Gebäuden, die auf fremdem Grunde in der Absicht aufgeführt werden, daß sie nicht stets darauf bleiben sollen". Was den Pfandrechtserwerb anlangt, so kann ohne weiteres zugegeben werden, daß das Bedürfnis besteht, eine besondere Form für die Verpfändung solcher Gegenstände zu schaffen. Anders liegt aber die Sache für den Eigentumserwerb. Gebäude, welche in der Absicht aufgeführt werden, daß sie nicht ständig auf dem betreffenden Grunde bleiben sollen, sind nach § 297 BGB. als bewegliche Sachen zu behandeln, für welche die Übereignungsformen des § 426 ff. zur Verfügung stehen und für nicht verbücherte Liegenschaften haben Theorie und Praxis gleichfalls im Wege der Analogie diese Bestimmungen zur Anwendung gebracht. Der Entwurf verlangt zur Übereignung Urkundenübergabe, welche Traditionsform ohnehin schon nach § 427 zulässig ist,[25]) fordert aber, daß diese Übergabe vor zwei Zeugen erfolge. Was soll nun diese, dem Verkehre gar nicht geläufige Zuziehung von zwei Zeugen für einen Zweck haben? Der Übereignungswille wird doch schon durch die Urkundenübergabe genügend „unbezweifelbar zur Erscheinung gebracht" (Erl. S. 88) und die „Beweisbarkeit" der Übereignung scheint mir ausreichend gesichert zu sein dadurch, daß der Erwerber die Urkunde in Händen hat. Gegen unlautere Manipulationen des Schuldners aber zur Schädigung seiner Gläubiger wird auch das Gebot der Zuziehung von zwei Zeugen keinen Schutz gewähren, ganz abgesehen davon, daß es gewiß nicht gerechtfertigt ist, dem Verkehre die Übereignungsformen bloß deshalb zu erschweren, um einigen Gaunern den Mißbrauch derselben weniger leicht zu machen.[26])

Ferner hat diese neue Formvorschrift noch andere Mißstände zur Folge. Eine Übereignung durch faktische Übergabe, Besitzeinweisung usw. wird im Gegensatze zum bisherigen Recht in Hinkunft zur Eigentumsübertragung nicht mehr genügen. Der, dem die Sache faktisch übergeben wurde, erlangt ein bloß obligatorisches Recht, der Veräußerer bleibt Eigentümer. Er kann die Sache später einem Dritten durch Urkundenübergabe vor zwei Zeugen veräußern und der frühere Erwerber, der sich im Besitze der Sache befindet, muß dem späteren weichen, selbst wenn dieser von der früheren Veräußerung gewußt hätte. Diese Konsequenzen kann man der Grundbuchverfassung gegenüber hinnehmen, aber wegen einer Formvorschrift von so zweifelhaftem Werte, wie die des § 50 Entw. steht es kaum dafür, das Rechtsleben mit einer neuen Differenz zwischen formalem und nicht formalem Recht zu beglücken.

---

[25]) Das kann heute wohl schon als herrschende Meinung bezeichnet werden.

[26]) Vgl. mein „Vertrauen auf äußere Tatbestände", S. 153 f.

Digitized by Google

II. Veräußerungs- und Belastungsverbote. Der § 53 Entw. ist, wie schon von anderer Seite hervorgehoben wurde, von einer ganz auffallenden Unklarheit.[27]) Der Entwurf und die Erläuterungen halten die obligatorische und dingliche Wirkung der Veräußerungsverbote — die Verpflichtung über eine Sache nicht zu verfügen einerseits und die Verfügungsbeschränkung anderseits — nicht auseinander, wodurch völlig unverständliche Rechtssätze entstanden sind. Es hat tatsächlich den Anschein, als ob die bisher allgemein anerkannte obligatorische Wirkung von Veräußerungsverboten auf den Ehegatten, Kinder und deren Ehegatten beschränkt werden sollten und als ob diese obligatorische Verpflichtung noch überdies unvererblich sein sollte — all das, obwohl der Entwurf nach den Erläuterungen die Absicht hatte, die Wirkung von Veräußerungsverboten gegenüber dem bisherigen Rechte zu erweitern. Nur bei Liegenschaften soll das Veräußerungsverbot innerhalb der angegebenen Schranken durch Anmerkung im Grundbuche Wirkung gegen Dritte erlangen können.[28])

III. Erneuerung und Berichtigung der Grenzen. Der Entwurf geht von dem Gedanken aus, das gesamte Grenzverfahren, mag es sich um undeutliche, unkenntlich gewordene oder streitige Grenzen handeln, im außerstreitigen Verfahren zu erledigen und nur den petitorischen Prozeß aus dem besseren Rechte offen zu lassen. Man wird diesem Gedanken beipflichten können, er ist jedoch im Entwurfe selbst nicht klar zum Ausdrucke gelangt. § 60 bestimmt nämlich:

„Ist die Grenze wirklich unkenntlich geworden oder streitig, so schützt das Gericht vor allem den letzten Besitzstand.

Läßt sich dieser nicht feststellen, so hat das Gericht in Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit die streitige Fläche unter Berücksichtigung der Größe der unmittelbar an den streitigen Raum angrenzenden Grundstücke unter die Beteiligten zu verteilen".

Aus dem zweiten Absatze müßte der zwingende Schluß a contrario dahin gezogen werden, daß über den Besitzstand nicht in Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu entscheiden sei — ein Schluß der tatsächlich von Krasnopolski[29]) bereits gezogen wurde. Damit hätten wir wieder ein Verfahren, das außerstreitig beginnt, sich dann in einem Besitzprozeß fortsetzt, dann wieder in ein außerstreitiges Verfahren übergeht um schließlich mit einem petitorischen Prozesse zu enden. Es ist daher jedenfalls notwendig, daß nicht nur in den Erläuterungen sondern auch im Gesetze selbst zum Ausdrucke

---

[27]) Vgl. Ehrenzweig, Zeitschrift für Notariat, Nr. 9; auch Krasnopolski, Vortrag, S. 34; Mitteis, a. a. O., hat diese Bestimmung ganz anders aufgefaßt, als die Erläuterungen wollen.

[28]) Oder sollten auch hier die Erläuterungen den Entwurf mißverstanden haben, so daß nach dem Entwurfe doch auch bei Mobilien dingliche Wirkung beabsichtigt wäre?

[29]) A. a. O., S. 32f.

Digitized by Google

gebracht wird, daß über den Besitzstand im Verfahren außer Streitsachen zu entscheiden sei.

Ferner ist unklar, welche Bedeutung die Worte haben sollen: „Unter Berücksichtigung der Größe der unmittelbar an den streitigen Raum angrenzenden Grundstücke". Das ist genau ebenso dunkel, wie die bisherige Bestimmung des § 853: „So wird der streitige Raum zwischen den Parteien nach dem Verhältnisse des Besitzes, von welchem der Anspruch ausgeht .... verteilt" — eine Bestimmung, welche schon Zeiller[30]) nicht begreifen zu können erklärte. Denn warum derjenige Nachbar, dessen Grundstück größer ist, von der streitigen Fläche mehr bekommen soll, ist nicht einzusehen. Sollte aber damit gesagt sein, daß bei der Zuteilung das feststehende Flächenmaß der Grenzgrundstücke zu berücksichtigen sei, so könnte das doch wohl in einer Form zum Ausdrucke gebracht werden, die allgemein verständlich ist.

IV. Verfügung des Eigentümers über die Hypothek. In den Bestimmungen der § 63 ff. liegt die juristisch bedeutsamste Neuerung, welche der Entwurf gebracht hat. Im Falle der Vereinigung von Pfandrecht und Eigentum kann der Eigentümer das Pfandrecht rechtswirksam auf einen Dritten übertragen (§ 63). Wenn die Forderung, für welche die Hypothek besteht, erloschen ist, kann der Eigentümer das Pfandrecht auf seine Person umschreiben lassen oder dasselbe einem Dritten für eine neue Forderung einräumen. (§ 64) Der Eigentümer kann aber auch die Löschung des Pfandrechtes mit der Anmerkung erwirken, daß die Eintragung eines Pfandrechtes in der Rangordnung des gelöschten vorbehalten bleibt (§ 68).

Es ist mit Freude zu begrüßen, daß nun endlich mit der Gelegenheitsgesetzmacherei der Konvertierungsgesetze gebrochen und unser Hypothekenrecht auf eine dem modernen Realkredit entsprechende Grundlage gestellt werden soll. Auch halte ich es für richtig, daß im Entwurfe der neue Gedanke nicht in alle seine Konsequenzen hinein normiert wird, sondern daß lediglich durch einige grundsätzliche Bestimmungen freie Bahn für die Entwicklung unseres Hypothekenrechtes geschaffen wird. Auf der labilen Grundlage des derzeitigen Hypothekenrechtes, das in vielen wichtigen Punkten der festen gesetzlichen Regelung entbehrt, wäre es kaum möglich und auch nicht rätlich, ein mit allen juristischen Feinheiten ausgestattetes System der Eigentümerhypothek aufzubauen.

Weiter reicht aber meine Zustimmung zum Entwurfe nicht. Insbesondere kann ich mich damit nicht befreunden, daß dem Eigentümerhypothekar das Recht versagt wird, für seine Hypothek aus dem Meistbote Befriedigung zu verlangen und daß der auf diese Hypothek entfallende Betrag den Nachhypothekaren zuzuweisen ist (§ 65). Schon

[30]) Protokolle, II., S. 429; dazu Krainz, II., S. 387.

Digitized by Google

Mitteis[31]) hat betont, daß dadurch die Nachhypothekare, welche nicht persönliche Gläubiger des Eigentümers sind, auf Kosten der Personalgläubiger einen ganz unberechtigten Gewinn erlangen. Noch wichtiger scheint mir, daß in gewissen Fällen dem Eigentümer das Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke, das ihm nach allgemeinen Grundsätzen zusteht, durch die Bestimmung des § 65 geradezu konfisziert wird. Zahlt z. B. der Eigentümer, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, die Forderung, für welche eine Hypothek auf seinem Grundstücke haftet, so rückt er nach § 1358 BGB. in die Rechte des befriedigten Gläubigers und daher auch in die Hypothek ein. Aus dieser Hypothek soll er seinen Regreß erlangen für die Bezahlung einer fremden Schuld. Dieses Recht wird ihm durch § 65 zu Gunsten der Nachhypothekare einfach genommen. Ähnlich liegt die Sache in Fällen, wo der Eigentümer ohne Personalschuldner zu sein, den Gläubiger beerbt.

In anderen Fällen führt die Bestimmung des § 65 zu einer Konfiskation von Rechten dritter Personen; z. B. dem X steht auf seinem Grundstücke A und auf dem fremden Grundstücke B eine Simultanhypothek zu, eine Simultanhypothek also, welche zum Teile Eigentümerhypothek ist. Beide Liegenschaften kommen zur Versteigerung und X befriedigt sich zur Gänze aus dem fremden Grundstücke B. Den dadurch geschädigten Nachhypothekaren der Liegenschaft B würde nun nach § 222 EO. das Recht zustehen, aus dem Meistbote der Liegenschaft A das zu erlangen, was bei einer verhältnismäßigen Befriedigung des X auf dessen Forderung entfällt. Nun steht aber dem X nach § 65 überhaupt kein Befriedigungsrecht an seinem Grundstücke zu, der auf sein Pfandrecht entfallende Betrag muß den Nachhypothekaren der Liegenschaft A zugewiesen werden. Das gesetzlich statuierte Regreßrecht der Nachhypothekare des Grundstückes B ist dadurch illusorisch gemacht.

Durch das im § 65 festgesetzte Vorrückungsrecht der Nachhypothekare kommt ferner ein aleatorisches Moment in den Realkredit. Die Nachhypothekare haben ein dringendes Interesse daran, die Versteigerung der Liegenschaft zu erwirken, bevor der Eigentümer über die erloschene Hypothek verfügt hat, da ihnen in diesem Falle die Hypothek zugute kommt; der Eigentümer hingegen wird bestrebt sein, nötigenfalls irgend einen Strohmann zu finden,[32]) um die Hypothek für sich zu verwerten, was wieder die bösartigsten Anfechtungsprozesse zur Folge haben wird usw.

Ich glaube ferner, daß die neuen Prinzipien des Entwurfes wenigstens insoweit zu Ende gedacht werden müssen, daß man sich darüber klar wird, ob und inwieweit nun das Konvertierungsgesetz überflüssig ist oder nicht. Es nimmt sich doch merkwürdig aus, wenn

[31]) A. a. O.

[32]) Vgl. auch Mitteis, a. a. O.

Digitized by Google

auf die § 63 ff. die mit einigen kühnen Strichen den Grund für ein neues Hypothekenrecht legen, wieder eine Bestimmung aus dem engherzigen Konvertierungsgesetze folgt (§ 67), ohne daß uns die Erläuterungen dafür einen anderen Grund anzugeben wüßten, als daß sich die Aufnahme dieser Bestimmung „empfehle".

Ich meine, wenn man soweit geht, dem Eigentümer das volle Verfügungsrecht über erloschene Hypotheken zu geben, so ist kein Grund vorhanden, ihm die Möglichkeit zu verlegen, an Stelle der persönlichen Forderung, für welche die Hypothek haftet, eine andere Forderung zu setzen. Warum soll das wieder ein Privileg für Pfandbriefanstalten sein? Das gleiche Resultat kann nach dem Entwurf durch den Umweg erreicht werden, daß der Hypothekengläubiger auf seine Hypothek verzichtet und der Eigentümer gemäß § 64 über dieselbe weiter verfügt. Man wird daher die Substituierung einer neuen Forderung grundsätzlich zulassen müssen (vgl. § 1180 DBGB.) wodurch die Bestimmung des § 67 überflüssig würde und vielleicht auch der zweite, dem Konvertierungsgesetze entnommene § 69, entbehrlich werden würde.

Nach § 63 Entw. unterliegt nur die auf den Namen des Eigentümers eingetragene Hypothek der Exekution. Es fragt sich daher wie es in Fällen steht, wo die Hypothek zwar erloschen ist, der Eigentümer aber von dem ihm zustehenden Rechte zur Umschreibung auf seinen Namen keinen Gebrauch macht. Hier dürfte die Exekution auf das dem Eigentümer zustehende Recht im Wege des § 350 EO. zulässig sein.[33]) Der Entwurf läßt jedoch dem Eigentümer auch die Auswahl offen, das materiell erloschene Pfandrecht mit Vorbehalt der Eintragung eines neuen Pfandrechtes zur Löschung zu bringen (§ 68). Das ist deshalb nicht unbedenklich, weil dadurch dem Eigentümer die Möglichkeit geboten wird, einen Bestandteil seines Vermögens dauernd dem Zugriffe seiner persönlichen Gläubiger zu entziehen.

Unklar ist endlich die Bestimmung des § 64, Abs. 3, wonach das Verfügungsrecht des Eigentümers über erloschene Hypotheken durch Vertrag nicht ausgeschlossen werden kann.[34]) Daß durch Vertrag mit einem Nachhypothekar das Verfügungsrecht des Eigentümers zugunsten des ersteren ausgeschlossen werden kann, stellen die Erläuterungen (S. 98) ausdrücklich fest, mit der allerdings etwas anfechtbaren Begründung, daß darin kein Verzicht auf das Verfügungsrecht, sondern eine Ausübung desselben gelegen sei. Es muß demnach an einen anderen Vertrag gedacht sein und das könnte nur der Vertrag mit dem ursprünglichen Hypothekengläubiger sein, über dessen Pfandstelle dann später der Eigentümer verfügen kann. Nach den Erläuterungen scheint es tatsächlich, als ob man befürchten

[33]) Anders Krasnopolski, a. a. O., S. 12.

[34]) Vgl. auch Ehrenzweig, a. a. O.

Digitized by Google

würde, daß in diesen Vertrag die Klausel aufgenommen werden könnte, daß der Eigentümer über die erloschene Hypothek nicht verfügen dürfe. Diese Befürchtung ist nun völlig grundlos, da der Hypothekengläubiger daran nicht das geringste Interesse hat. Wie die Bestimmung aber derzeit im Entwurfe steht, könnte sie nur auf Verträge mit den Nachhypothekaren bezogen werden und für diese Fälle ist das Verbot ungerechtfertigt und vom Entwurfe auch gar nicht gewollt.

V. Vorrangseinräumung.

Es ist schon mehrfach mit Recht hervorgehoben worden,[35]) daß zur Rangänderung von Hypotheken die Zustimmung des Eigentümers erforderlich sein muß, sobald die Gesetzgebung dem Eigentümer das Verfügungsrecht über erloschene Hypotheken einräumt. Sonst liegt es in der Hand des Hypothekargläubigers, ob er seine Pfandstelle im Wege der Vorrangseinräumung einem Nachhypothekar abtreten oder die erledigte Pfandstelle dem Eigentümer zugute kommen lassen will. Es wäre bei dieser Sachlage sehr naheliegend, daß der Gläubiger seine Position materiell ausnützt und seine Entscheidung zugunsten desjenigen fällt, der ihm mehr bietet.

Im übrigen steht der Entwurf nach den Ausführungen der Erläuterungen grundsätzlich auf dem Standpunkte der absoluten Wirkung der Vorrangseinräumung (Regel). Er will jedoch eine Einschränkung zugunsten der relativen Wirkung machen in jenen Fällen, wo die Vorrangseinräumung zwischen ungleichartigen Rechten — etwa Hypothek und Servitut — erfolgt (Ausnahme). In diesen Fällen soll aber eine absolute Wirkung dann eintreten, wenn die beiden Rechte unmittelbar aufeinander folgen oder auch die Zwischenberechtigten den Vorrang eingeräumt haben (Ausnahme von der Ausnahme) (Erl. S. 102). Wenn man zunächst von der Berechtigung dieses Gedankens ganz absieht, ist die Art höchst merkwürdig, in welcher er im Entwurfe zum Ausdrucke gelangt ist. Der Entwurf beginnt nämlich nicht mit der Regel, sondern mit der Ausnahme von der Ausnahme, und zwar in einer Form, daß man darin die Regel vermuten würde. § 73 sagt:

„Durch die bücherlich eingetragene Vorrangseinräumung erwirbt das vortretende Recht die Rangordnung des zurücktretenden, wenn entweder das vortretende Recht unmittelbar auf das zurücktretende folgt oder wenn ihm auch der Vorrang vor allen im Range zwischen beiden stehenden Rechten eingeräumt wird."

Dann folgt die Regel in folgender Stilisierung: § 74. „Treffen die Voraussetzungen des vorangehenden Paragraphen nicht zu, so wird durch die bücherlich eingetragene Vorrangseinräumung, wenn es

[35]) Mitteis, a. a. O.; Krasnopolski, a. a. O., S. 14ff.

Digitized by Google

sich um gleichartige Rechte handelt, dem vortretenden lediglich im Umfange des zurücktretenden Rechtes dessen Rangordnung erworben."

Das heißt: Treffen die Voraussetzungen für die Ausnahme von der Ausnahme nicht zu, so gilt die Regel, wenn nicht der Fall der Ausnahme (ungleichartige Rechte) vorliegt. Dazu kommt noch, daß § 74 infolge des überflüssigen Wortes „lediglich" den Eindruck erweckt, als ob in ihm nur eine Einschränkung des scheinbar in § 73 aufgestellten Prinzipes gelegen sei. Es dürfte schwer sein, den in den Erläuterungen ausgesprochenen Grundgedanken in einer unklareren Form zum Ausdruck zu bringen, als es im Entwurfe geschehen ist. Die Erklärung für diese verfehlte Formulierung liegt darin, daß der Entwurf in der Anordnung seiner Rechtssätze dem Judikate Nr. 159 folgt, obwohl dieses Judikat auf einem grundsätzlich verschiedenen Standpunkte steht.

Die Regelung der Vorrangseinräumung ist allerdings auch sachlich etwas kompliziert. Die Erläuterungen meinen, bei ungleichartigen Rechten sei ein Rangtausch ausgeschlossen, „weil dadurch die Rechte der Zwischenhypothekare beeinträchtigt würden". Es ist aber eben fraglich, ob es nicht Mittel gibt, eine solche Beeinträchtigung hintanzuhalten. Daß das möglich ist, zeigt das deutsche bürgerliche Gesetzbuch (§ 880) in Verbindung mit den bezüglichen Bestimmungen des Zwangsversteigerungsgesetzes (§§ 44 ff., 52, 62, 92). Übrigens bestehen die Schwierigkeiten, welche der Entwurf nicht bewältigen zu können glaubt, nicht nur bei „ungleichartigen", sondern auch bei „gleichartigen" Rechten, wie etwa bei einer Vorrangseinräumung zwischen Servitut und Servitut oder zwischen Reallast und Reallast.[36])

4. Die familien- und erbrechtlichen Bestimmungen.

Hinsichtlich der hierher gehörigen Bestimmungen des Entwurfes kann ich mich kürzer fassen, da die wichtigsten Mängel schon von anderer Seite hervorgehoben wurden.[37]) Nur in einigen Punkten möchte ich zum Entwurfe und zur bisherigen Kritik Stellung nehmen.

I. Anfechtung der Ehelichkeit der Geburt. Was die Bestimmungen dieses Titels anlangt, so bin ich zwar nicht mit dem einverstanden, was darin steht,[38]) wohl aber mit einigem, was nicht darin steht. Krasnopolski fordert nämlich, daß auch dem Kinde das Recht gegeben werden solle, seine Ehelichkeit zu bestreiten. In dieser Frage halte ich den Standpunkt der Erläuterungen im Prinzipe für zutreffend. Es darf, wenigstens bei Lebzeiten des Vaters

[36]) Daß die Bestimmung des § 76, soweit sie über § 880, Abs. 4 DBGB. hinausgeht, nicht zutreffend ist, hat bereits Krasnopolski, a. a. O., S. 24 f. hervorgehoben.

[37]) Krasnopolski, a. a. O. und Ehrenzweig, JBl. Nr. 5 und 8 von 1908, auch Zeitschrift für Notariat, Nr. 9 von 1908.

[38]) Vgl. Krasnopolski, a. a. O., S. 10 und 16.

Digitized by Google

nicht zulässig sein, daß das Kind um seines Vorteils willen den Vater vor der Öffentlichkeit zum Hahnreih stempelt. Auch das deutsche bürgerliche Gesetzbuch (§ 1593) und das schweizerische Zivilgesetzbuch (A 253 und 256) haben ein derartiges Anfechtungsrecht des Kindes abgelehnt und auch der ungarische Entwurf (§ 192) läßt eine Anfechtung des Kindes bei Lebzeiten des Vaters nur dann zu, wenn dieser „noch vor der Empfängnis des Kindes wegen Geisteskrankheit unter Vormundschaft gestellt wurde, oder wenn der Aufenthaltsort des Gatten seit der Empfängnis des Kindes unbekannt ist". Auch dieses Anfechtungsrecht des Kindes fällt weg, „wenn die Stellung des Gatten unter Vormundschaft aufgehoben wird, oder wenn der Gatte zurückkehrt".

In diesen Ausnahmsfällen unterliegt das Anfechtungsrecht des Kindes allerdings weniger Bedenken, wie es ja auch zugelassen werden kann nach dem Tode des Vaters, wenn derselbe noch innerhalb der Anfechtungsfrist gestorben ist (vgl. § 1593 DBGB).

Krasnopolski zeiht den Entwurf, der das Anfechtungsrecht des Kindes vollständig ablehnt, der Inkonsequenz, indem er ausführt, daß es mit Rücksicht auf § 101 des Entwurfes und § 782 BGB. zulässig sei, daß die Kinder gegenüber ihrer stillschweigend enterbten Mutter, welche nach dem Tode des Gatten den Pflichtteil verlangt, den Beweis des Ehebruches führen können. Auch hier können die Kinder, sagt Krasnopolski, um eines materiellen Vorteils willen „das ganze innere eheliche Leben ihrer Eltern vor Gericht zur Sprache bringen" und die Ehre ihrer Eltern ungescheut verletzen. Darauf ist zunächst zu erwidern, daß der Gatte, welcher seine Gattin wegen Ehebruches stillschweigend enterbt, wohl selbst darauf gefaßt sein muß, daß der Ehebruch nach seinem Tode ans Tageslicht kommen kann. Will er das nicht, so muß er der Gattin eben den Pflichtteil hinterlassen. Was aber die Ehre der ehebrecherischen Mutter anlangt, so wird man nicht verlangen dürfen, daß sie von den Kindern höher eingeschätzt wird, als von der Mutter selbst; denn sie kann ja ihre Ehre dadurch intakt erhalten, daß sie auf den materiellen Vorteil des Pflichtteiles verzichtet, was um so naheliegender ist, als ihr nach dem Entwurfe (§ 102) der Anspruch auf den anständigen Unterhalt ohnehin gewahrt bleibt.

Krasnopolski behauptet weiters,[39]) daß es sich nach dem Stande des heutigen Rechtes eigentlich gar nicht darum handle, ob dem Kinde das Anfechtungsrecht gegeben werden solle, sondern darum, ob es ihm genommen werden solle. Denn nach geltendem Rechte stehe dem Kinde die Möglichkeit offen, im Wege der negativen Feststellungsklage (§ 228 ZPO.) die Anerkennung seiner Unehelichkeit zu erreichen. Auch das halte ich nicht für zutreffend. Ein Kind, welches von der Ehefrau innerhalb des kritischen Zeitraumes geboren wird,

[39]) Vgl. auch Beiträge zum österr. Familienrechte, S. 30 f.

Digitized by Google

gilt als ehelich, sofern die Ehelichkeit nicht vom Vater oder dessen Erben innerhalb bestimmter Frist angefochten wird (§ 158 f BGB.). Eine Feststellungsklage kann nun niemals ein Anfechtungsrecht ersetzen, denn solange die Anfechtung nicht erfolgt ist, kann durch die Feststellungsklage nichts anderes festgestellt werden, als der Bestand des betreffenden Rechtsverhältnisses. Überdies würde die Heranziehung des § 228 viel zu viel beweisen, weil dann nicht nur das Kind sondern auch jeder beliebige Dritte die Unehelichkeit des Kindes geltend machen könnte, der ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung hat.[40])

II. Sorge für die Person und die Erziehung des Kindes im Falle der Scheidung oder Trennung der Ehe. Nach § 19 Entw. ist dem Richter, abgesehen von Vereinbarungen zwischen beiden Gatten, völlig freie Hand gelassen, welchem der geschiedenen oder getrennten Gatten er die Kinder zusprechen will. Es wird „dem Befinden des Richters keine Schranke gesetzt, jedoch das Interesse der Kinder als maßgebend bezeichnet" (Erl. S. 73).

Gegenüber dieser Bestimmung teile ich die Auffassung von Mitteis,[41]) daß das oberste Prinzip kein anderes sein kann, als daß die Kinder dem schuldlosen Teile zuzusprechen sind; „denn wie käme dieser dazu, um eines fremden Verschuldens willen sie entbehren zu müssen"? Würde das Interesse des Kindes ausschlaggebend sein, so müßte der vermögenslose Mann sich von seiner reichen Frau ruhig betrügen lassen, weil er bei einer Ehescheidung der Gefahr ausgesetzt ist, daß ihm die Kinder abgenommen und der Frau zugesprochen werden. Seinem Vaterherzen würde es dann auch kaum eine Genugtuung gewähren, daß er trotzdem für seine Kinder arbeiten und die Kosten ihrer Erziehung bestreiten darf. § 19, Abs. 4 bestimmt nämlich, daß die Kosten der Erziehung in allen Fällen vom Vater zu tragen sind.

III. Formvorschriften für letztwillige Verfügungen. Die hierher gehörigen Bestimmungen des Entwurfes sind von etwas zweifelhaftem Werte. Wenn man das fremdhändige schriftliche Testament einer Reform unterwerfen will, so schiene mir manches wichtiger, als die Regelung der Form der Zeugenunterschrift (§ 81 Entw.). Insbesonders halte ich den Grundsatz des § 579 BGB., daß sich die Zeugen nicht unter dem Texte des Testamentes zu unterfertigen brauchen für gefährlich, weil dadurch die Möglichkeit geboten ist, daß zwischen Text und Zeugenunterschrift

[40]) Was Krasnopolski, Beiträge S. 30 dagegen vorbringt, ist nicht beweisend, weil aus § 158 und 159 BGB. hinsichtlich der Feststellungsklage Dritter ebensowenig ein Schluß gezogen werden kann, wie bezüglich der Feststellungsklage des Kindes.

[41]) A. a. O.

Digitized by Google

nachträglich Unterschiebungen erfolgen, die als solche nicht kenntlich sind. Um das zu verhindern genügt auch der von Ehrenzweig[42]) vorgeschlagene „Hinweis auf den Aufsatz" nicht, abgesehen davon, daß dann wieder unklar bliebe, was für ein Hinweis genügend ist. Das ist ein viel zu schwankendes Erfordernis, als daß die Gültigkeit eines Testamentes davon abhängig gemacht werden könnte.

Die Vorschrift des § 82, daß der Schreiber des letzten Willens von der Vorlesung des Aufsatzes ausgeschlossen sein soll, halte ich nicht für opportun.[43]) Es ist nicht nur das natürlichste, daß der Schreiber selbst seinen Aufsatz vorliest, sondern es wird auch sehr häufig der Schreiber des Testamentes der einzige unter den Anwesenden sein, der ausreichend lesen kann.[44]) Man darf bei derartigen Bestimmungen nicht vergessen, daß es sich um die Änderung eines seit hundert Jahren eingelebten Gesetzes handelt. Wie viele Testamente müßten wegen der Bestimmung des § 82 als ungültig erklärt werden, bevor sich diese neue Vorschrift eingelebt hätte. Ich glaube, daß die Praxis kaum die Energie aufbringen würde, diese Vorschrift durchzusetzen. Sie würde wahrscheinlich dem Gesetze dadurch ein Schnippchen schlagen, daß sie in § 82 die Ungültigkeit des Testamentes als Folge der Außerachtlassung des Verbotes nicht ausgesprochen findet.

Was die Zulassung von Frauen als Zeugen des mündlichen Testamentes anlangt (§ 5 Entw.), so bewundere ich den Mut Krasnopolskis, der sich in dieser Frage in offenen Gegensatz zu den Frauenvereinen gestellt hat.[45]) Ich besitze diesen Mut nicht; ich beruhige mich vielmehr damit, daß es demjenigen, der drei Frauen als Zeugen seines letzten Willens beizieht, recht geschieht, wenn sein Testament mangels der übereinstimmenden Aussage der drei Zeugen hinfällig wird.

IV. Gesetzliches Erbrecht und Pflichtteilsrecht des Ehegatten. Auch ich glaube,[46]) daß der überlebende Ehegatte durch die Bestimmungen des Entwurfes etwas gar zu reich bedacht wurde und daß man insbesonders das Pflichtteilsrecht und den Unterhaltsanspruch nicht nebeneinander bestehen lassen kann, ohne die Interessen der Kinder zu gefährden.

Ferner halte ich für die Fälle, in denen der überlebende Ehegatte mit Kindern konkurriert, die Form des Fruchtgenusses noch

[42]) JBl. Nr. 5 von 1908.

[43]) So auch Ehrenzweig, a. a. O.

[44]) Das „Einsehen" des Zeugen wird von unserer Praxis bekanntlich sehr lax genommen.

[45]) A. a. O., S. 22. Bei Ehrenzweig handelt es sich nur um einen versteckten.

[46]) Wie Ehrenzweig, a. a. O.

Digitized by Google

immer für die natürlichste und entsprechendste. Die wirtschaftlichen Gefahren des Nießbrauches, auf welche die Erläuterungen hinweisen, könnten dadurch beseitigt werden, daß man beiden Teilen das Recht gibt, die Umwandlung des Fruchtgenusses in eine jährliche Rente zu verlangen.[47])

Nicht unbedenklich ist weiters die ohne jede Begründung erfolgte Aufhebung der Bestimmung des § 758 BGB. wonach das, was der Ehegatte aus Eheverträgen erhält, in den gesetzlichen Erbteil einzurechnen ist. In Hinkunft wird daher das erhöhte gesetzliche Erbrecht neben dem, was der Ehegatte aus Eheverträgen erhält, zur Geltung kommen.[48]) Da es in bäuerlichen Kreisen seit uralten Zeiten üblich ist, für den überlebenden Ehegatten durch Eheverträge zu sorgen und sich das in absehbarer Zeit gewiß nicht ändern wird, würde sich daraus eine ganz exorbitante und dem Willen des verstorbenen Gatten widersprechende Bevorzugung des Ehegatten ergeben.

Noch auffallender ist, daß das, was der Ehegatte aus Eheverträgen erhält, nicht einmal auf den Pflichtteil anzurechnen ist. Denn hinsichtlich der Anrechnung auf den Pflichtteil des Ehegatten kommt nur die allgemeine Bestimmung des § 787 BGB. in Betracht die sich auf letztwillige Zuwendungen bezieht. Gaben unter Lebenden sind daher nach dem Entwurfe selbst dann nicht zur Anrechnung zu bringen, wenn sie sich als Erbabfindungen darstellen.[49]) In dieser Beziehung ist der Ehegatte demnach bedeutend besser gestellt als die Kinder (§ 788 BGB.), ganz zu geschweigen von den Eltern, die sich nach dem Entwurfe (§ 107) sogar jede Schenkung anrechnen lassen müssen.

Endlich möchte ich darauf aufmerksam machen, daß der Ehegatte nach § 100 Entw. als Pflichtteil auch die „Hälfte" der zum ehelichen Haushalte gehörenden beweglichen Sachen (Voraus) bekommen müßte. Die Erläuterungen behaupten, daß das nicht der Fall sei, weil der Voraus nicht zum Erbteile gehöre; diese Begründung ist nun zwar richtig für die Ausdrucksweise des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches welches den Pflichtteil mit der Hälfte des gesetzlichen „Erbteils" bestimmt (§ 2303), nicht aber für die Ausdrucksweise des § 100 Entw. welcher sagt, daß dem Ehegatten die Hälfte dessen gebührt, „was ihm nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre". Nach der gesetzlichen Erbfolge fällt ihm gemäß § 97 „außer dem Erbteile" der Voraus zu.

V. Berücksichtigung von Schenkungen bei Berechnung des Pflichtteiles. Der prinzipielle Standpunkt des Entwurfes

---

[47]) Vgl. auch schweizerisches ZGB., A. 463.
[48]) Hinsichtlich des Advitalitätsrechtes bleibt aber § 1258 bestehen!
[49]) Vgl. dagegen § 2315 DBGB. und dazu Dernburg, V., § 116.

Digitized by Google

in dieser Frage ist heftig bekämpft worden.[50]) Die Regelung des Entwurfes bedeute einen weiteren Schritt auf der Bahn der Beschränkung der Testierfreiheit und damit der bürgerlichen Freiheit überhaupt; sie entspringe dem Geiste jener Gesetzgebung, die nicht müde wird, den Verkehr mit zwingenden Rechtssätzen zu meistern.

Ich halte diesen Angriff nicht für berechtigt. Die Franzosen, welche die bürgerliche Freiheit gewiß zu schätzen wissen, stehen seit altersher auf dem angefochtenen Standpunkte und die Schweizer, denen man das Gefühl für Freiheit gleichfalls nicht wird absprechen können, haben ihn in ihrem neuen Zivilgesetzbuche akzeptiert. Wenn man ferner in Betracht zieht, daß auch das deutsche bürgerliche Gesetzbuch und der ungarische Entwurf den Pflichtteil in derselben Weise schützen wie unser Entwurf, so werden auch wir uns hinsichtlich der Gefährdung unserer bürgerlichen Freiheit beruhigen dürfen.

Richtig ist allerdings, daß die hieher gehörigen Bestimmungen des Entwurfes im einzelnen eine Reihe von Unklarheiten und Übersehen aufweisen. Die Entgleisung in § 105 Entw., der eine Bestimmung über den Beginn einer nicht existierenden Frist enthält, ist schon von Ehrenzweig konstatiert worden. Was die Bestimmung des § 106 anlangt, so läßt sich nicht mit Sicherheit erkennen, auf welche Fälle sie sich bezieht. Nach § 106 soll nämlich dem § 787 BGB. folgender Absatz beigefügt werden:

„Wenn zum Zwecke der Bestimmung des Pflichtteils Schenkungen unter Lebenden dem Nachlasse hinzuzurechnen sind (§ 784),[51]) so muß sich der Noterbe auf seinen Pflichtteil die nach § 784 einrechenbaren Geschenke anrechnen lassen, die er vom Erblasser erhalten hat."

Diese Bestimmung kann tatsächlich so verstanden werden, als ob der nicht beschenkte Noterbe verlangen könnte, daß sich der beschenkte Noterbe auf seinen Pflichtteil alle Schenkungen anrechnen lassen müßte, die er erhalten hat. § 106 will aber in Anschluß an § 2327 DBGB. vielleicht nur den Fall regeln, daß der Pflichtteilsberechtigte, der nach § 105 die Einrechnung von Schenkungen Dritter verlangt, selbst beschenkt wurde und würde dann bestimmen, daß sich dieser Noterbe die Anrechnung der ihm selbst zugekommenen Schenkungen gefallen lassen muß. Eine sichere Auslegung ist deshalb schwierig, weil auch die grundsätzliche Bestimmung des § 105 nichts weniger als klar ist. § 105 lautet nämlich:

„Auf Verlangen eines Pflichtteilsberechtigten sind bei Berechnung des Nachlasses die Schenkungen in Anschlag zu bringen, die der Erblasser unter Lebenden gemacht hat."

Diese Norm soll als Absatz 2 dem § 784 BGB. beigefügt werden, der von der „Art der Ausmessung und Berechnung des

---

[50]) Ehrenzweig, JBl., Nr. 8 von 1908.

[51]) Vgl. § 105 Entw.

Digitized by Google

Pflichtteiles“ handelt. Der angeführte Rechtssatz des § 105 kann daher in diesem Zusammenhange wohl nur dahin verstanden werden, daß diese Art der Berechnung des Nachlasses allen Noterben zugute kommt, wenn auch nur ein Noterbe die Zurechnung von Schenkungen verlangt.

Das wäre also ein ganz anderer Standpunkt, als der des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches, welches mit einem „Ergänzungsanspruche“ des Pflichtteilsberechtigten operiert, der natürlich nur dem zugute kommt, der ihn geltend macht. Hingegen erwecken aber die Erläuterungen wieder ab und zu den Eindruck als ob der Entwurf der Auffassung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches folgen würde. Man wird gleichwohl auf Grund des § 105 Entw. annehmen müssen, daß es sich hier um eine besondere Art der Nachlaßberechnung behufs Ermittlung des Pflichtteiles handelt und daß diese Nachlaßberechnung allen, auch den beschenkten Noterben zugute kommt, sobald ein Noterbe die Zurechnung der Schenkungen verlangt. In einer Spezialfrage, auf welche ich noch zu sprechen komme, stehen auch die Erläuterungen ausdrücklich auf diesem Standpunkte.

Der früher angeführte § 106 hätte dann den Zweck, den zugunsten der beschenkten Noterben erhöhten Pflichtteil durch Abrechnung der Schenkung wieder unschädlich zu machen. Z. B. der Erblasser hat seinem Sohn A bei Lebzeiten 40.000 K geschenkt und ihn deshalb im Testament übergangen. Er hat ferner seine Tochter B auf den Pflichtteil gesetzt und seinen Bruder X zum Erben eingesetzt. Der Nachlaß beträgt 80.000 K. Hier kann die Tochter B nach dem Entwurfe 30.000 K als Pflichtteil verlangen; ebenso der A, der sich aber das Geschenk per 40.000 K anrechnen lassen muß, so daß er nichts bekommt. Dem Bruder X bleiben 50.000 K. Zu unhaltbaren Resultaten gelangt man aber dann, wenn der Erblasser auch seinen Sohn A auf den Pflichtteil gesetzt hätte. Denn die Berechnung bleibt ganz dieselbe, wie im früheren Falle; der Sohn bekommt trotz des Willens des Erblassers nichts und die Anrechnung der Schenkung kommt dem Bruder X zugute, der mehr erhält als der Erblasser wollte.[52])

Für verfehlt halte ich ferner den § 107 Entw., welcher bestimmt, daß § 789 BGB. zu lauten habe:

„Bei dem Pflichtteile der Eltern findet die Anrechnung eines Vorschusses insoferne statt, als er nicht zur gesetzlichen Unterstützung (§ 154) geleistet worden ist.“

Gegenüber dem bisherigen § 789 ergibt sich demnach die Änderung, daß die Worte „noch aus bloßer Freigiebigkeit“ gestrichen sind, so daß also Schenkungen in den Pflichtteil einzurechnen sind. Die Erläuterungen bemerken dazu (S. 115): „Der Einrechnung sollen aber auch — und darin liegt eine Änderung des § 789 —

[52]) Vgl. Ehrenzweig, a. a. O.

Digitized by Google

Schenkungen unterzogen werden, die den Eltern des Erblassers zugewendet wurden. Findet zu ihren Gunsten die Einrechnung von Schenkungen in die Berechnungsgrundlage statt, so müssen ihnen auch die an sie selbst vergabten Schenkungen angerechnet werden." Der Entwurf verwechselt hier die Frage der Anrechnung in den Pflichtteil überhaupt mit der Frage ob derjenige Noterbe, zu dessen Gunsten die Zurechnung fremder Schenkungen zum Nachlasse stattfindet, sich auch die an ihn selbst erfolgten Schenkungen anrechnen lassen muß. Daß die Eltern, wenn ihnen die Zurechnung fremder Schenkungen zustatten kommt, sich die eigenen anrechnen lassen müssen, ist allerdings gerechtfertigt; das ergibt sich aber ohnehin schon aus dem früher besprochenen § 106. § 789 BGB. handelt aber von der Anrechnung in den Pflichtteil überhaupt und kommt daher auch zur Anwendung, wenn eine Schenkung an andere Personen gar nicht stattgefunden hat. Es müßten sich daher die pflichtteilsberechtigten Eltern im Gegensatze zu den Kindern und zum Ehegatten die Anrechnung aller ihrer Schenkungen in den Pflichtteil selbst dann gefallen lassen, wenn sie allein pflichtteilsberechtigt und allein beschenkt sind[53]), ein gewiß ungerechtfertigtes Ergebnis.

Hinsichtlich der Frage, wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn der Pflichtteilsberechtigte seinen nach § 105 erhöhten Pflichtteilsanspruch gegen einen Erben geltend macht, der selbst pflichtteilsberechtigt ist enthält der Entwurf keine Bestimmung. Die Erläuterungen führen dazu aus (S. 115 ff.): „Der nach Anrechnung der Schenkungen berechnete Pflichtteil ist zunächst aus dem Nachlasse zu berichtigen. Hierzu haben nach § 783 ABGB. alle von Todeswegen aus dem Nachlasse Bedachten verhältnismäßig beizutragen, insbesondere also auch Erben und Vermächtnisnehmer, die selbst pflichtteilsberechtigt sind. Es scheint nicht sachgemäß zu sein, etwa nach dem Vorbilde des § 2328 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches den pflichtteilsberechtigten Erben insoweit von jedem Beitrage zur Ergänzung des Pflichtteiles loszuzählen, als er selbst aus dem Nachlasse nur das erhält, was ihm an Pflichtteil und Ergänzung zugute kommt. Denn eine solche Norm führt dazu, daß von der Zahlungsunfähigkeit des Beschenkten lediglich der in seinem Pflichtteilsanspruch Verletzte betroffen wird, während die übrigen Pflichtteilsberechtigten ihre Quote aus dem Nachlasse vorweg nehmen dürfen. Es ist vorzuziehen, allen Pflichtteilsberechtigten einen verhältnismäßigen Abzug zu machen, insoweit der Nachlaß nicht ausreicht, um die Pflichtteilsansprüche aller zu decken."

Daraus ergibt sich zunächst, daß die Erläuterungen hier davon ausgehen, daß sich die Quote aller Pflichtteilsberechtigten höher stellt,

[53]) Hier kann natürlich auch § 105 nicht eingreifen, da es nicht in der Absicht des Entwurfes gelegen sein kann, dem Pflichtteilsberechtigten einen Schutz gegen die an ihn selbst erfolgten Schenkungen zu gewähren. Daher kann auch § 106 nicht zur Anwendung kommen. Überdies wäre dazu ein „Verlangen" der Eltern erforderlich.

Digitized by Google

wenn auch nur ein Pflichtteilsberechtigter die Zurechnung der Schenkungen zum Nachlasse begehrt. Im übrigen glaube ich nicht, daß die Schlußfolgerungen hinsichtlich der uns hier interessierenden Frage zutreffend sind. Denn § 783 statuiert zwar eine Beitragspflicht des Erben und der Legatare nicht aber eine Beitragspflicht des Pflichtteilsberechtigten und daher auch nicht eine Beitragspflicht des pflichtteilsberechtigten Erben über seinen Pflichtteil hinaus. Der Pflichtteil muß vielmehr dem Erben gemäß § 784 unbedingt frei bleiben. Da dieser Pflichtteil nach der Auffassung des Entwurfes unter Hinzurechnung der Schenkungen zu berechnen ist, so kann er jede Beitragspflicht insoweit ablehnen, als ihm nicht sein eigener erhöhter Pflichtteil frei bleibt.

Dieser Schluß muß um so mehr gezogen werden, als § 108 hinsichtlich des subsidiären Anspruches des verkürzten Noterben gegen den Beschenkten bestimmt:

„Ist der Beschenkte selbst pflichtteilsberechtigt, so haftet er für die Ergänzung des Pflichtteiles anderer Noterben nur so weit, als er infolge der Schenkung mehr als den ihm bei Einrechnung der Schenkungen gebührenden Pflichtteil erhalten würde."

Hier bleibt also dem beschenkten Pflichtteilsberechtigten sein erhöhter Pflichtteil. Daraus wird man wohl schließen müssen, daß auch dem zum Erben eingesetzten Pflichtteilsberechtigten der erhöhte Pflichtteil gewahrt bleiben soll. Es ist kaum ein Grund vorhanden, weshalb der durch Verfügungen unter Lebenden begünstigte Noterbe besser gestellt sein sollte, als der letztwillig begünstigte Noterbe. Man wird also nach dem Entwurfe zu demselben „unsachgemäßen" Ergebnisse gelangen müssen, das der § 2328 DBGB. enthält.

Die Bestimmungen des Entwurfes über die Berücksichtigung von Schenkungen bei Berechnung des Pflichtteiles bedürfen einer gründlichen Umarbeitung. Derzeit ist kaum eine eingehendere Kritik möglich, da sich selbst für grundlegende Fragen aus dem Entwurfe keine sichere Entscheidung gewinnen läßt.

Digitized by Google

Digitized by Google

Buchdruckerei der Manzschen
k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-
Buchhandlung in Wien.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google